Interpretation der l. 21 pr. Dr. 46,1 unter besonderer Berücksichtigung der Bestimmungen des BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LEID BAT. BIBL.

vorgelegt von

Wilhelm Schmidt

aus Berlin

Assessor am kgl. Amtsgericht zu Weißensee-Berlin.

Approbiert am 18. Juli 1908.

1909.

Druck von Max Schmersow, Kirchhain N.-L.

21

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 7

I. Interpretation der l. 21 pr. D. 46,1.

§ 2. Übersicht über die verschiedenen Auslegungsversuche. 9

§ 3. Die Ansicht des Verfassers 13

§ 4. Der Rechtsgrund der erörterten Stelle 16

II. Regelung der in der erörterten Stelle behandelten Rechtsfragen nach BGB.

§ 5. Übersicht des Stoffes 20

1. Die Behandlung der Bürgschaft bei der Nacherbfolge.

a) § 6. Die Rechtsnachfolgetheorie 22

b) Die Bedeutung des § 2111 BGB.

§ 7. Die Begriffe „Erwerb auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts“ und „Erwerb als Ersatz“ in § 2111 32

§ 8. Der Begriff „Erwerb mit Mitteln der Erbschaft in § 2111 36

§ 9. Die Wirkung des § 2111 38

c) Das gewonnene Ergebnis.

§ 10. Die Entscheidung des Regelfalls 39

§ 11. Kritik 42

§ 12. Besondere Fälle 47

2. Die Behandlung der Bürgschaft bei der Testamentsanfechtung.

§ 13. Die Bedeutung des § 2019 BGB. 53

§ 14. Die Entscheidung des Regelfalls und ihre Kritik . 56

§ 15. Besondere Fälle 58

Schluß. § 16. Der Rechtsgrund der Bestimmungen der §§ 2111 und 2019 BGB. 60

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542703_0063

Literaturverzeichnis.

Beyer, Surrogation bei Vermögen im BGB., Marburg 1905.
Binder, Rechtsstellung des Erben nach dem BGB., Leipzig 1905.
Bleckwenn, Die Rechtsnachfolge bei der Nacherbschaft, Diss. Göttingen 1905.
Boehm, Erbrecht des BGB., Hannover 1900.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Erlangen Bd. II 1876, III 1886.
Bruck, Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte, Berlin 1900.
Bunsen, Einführung in das BGB. Bd. III 1898.
Corpus iuris glossatum Lugduni 1604.
Cosack, Lehrbuch des deutsch. bürg. Rechts, Bd. II, Jena 1904.
Crome, System des deutsch. bürg. Rechts, Tübingen und Leipzig 1902.
Cujaz, Tractata ad Africanum VII in opera omnia, Neapel 1758.
Dernburg, Pandekten Berlin Bd. I 1902, II 1897, III 1903.
„ Preuß. Privatrecht Bd. III, Halle 1884.
„ Bürgerl. Recht, Halle 1902—1906.
Endemann, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts, Berlin 1898, 1903.
Faber, Conjecturae Lugduni 1597.
Feist, Das Prinzip der dinglichen Surrogation, Diss., Tübingen 1903.
Fischer-Henle, BGB. München 1899.
Foerster-Eccius, Preuß. Privatrecht, Berlin 1896.
Frommhold, Kommentar zum Erbrecht, Berlin 1899.
Grosse, Die Stellung des Universalfideikommissars, Leipzig 1905.
Hellmann in Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 44 S. 16—18.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, Leipzig 1885.
Kohler, Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 22 S. 1 ff.
Köppen, Lehrbuch d. heut. röm. Erbrechts, Würzburg 1888.
Kretschmar, Die Theorie der Konfusion, Leipzig 1899.
Leist, Die bonorum possessio, Göttingen 1844.
Lenel, edictum perpetuum, Leipzig 1883.
Leonhard, Der Erbschaftsbesitz, Jena 1899.
Lessing, Begriff der Rechtsnachfolge nach dem bürgerl. Recht, Berlin 1903.
v. Löhr, Bemerkungen über die bonorum possessio in Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Bd. III.
Matthiaß, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts Bd. I, Berlin 1900.
P. Meyer, Erbrecht 1904.
Mielke, Universalfideikommiß und Nacherbfolge, Diss., Rostock 1901.
v. Monroy, Die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte, Rostock 1878.

Motive zum BGB. amtliche Ausgabe, Berlin 1888.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB.
Mühlenbruch, Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte, Greifswald 1836.
Oertmann, Kommentar zum BGB.: Schuldverhältnisse Berlin 1899, Familienrecht (Opset-Blume) 1906.
Otto, Thesaurus iuris Romani Bd. V Trai. ad Rhen. 1735.
Peiser, Handbuch des Testamentsrechts, Berlin 1907.
Pfersche, Erbschaftsklage (in privatrechtl. Abhandlungen), Erlangen 1886.
Planck, Kommentar zum BGB., Berlin: Allgem. Teil und Schuldverh. 1900 (teils 1907), Familien- und Erbrecht 1902.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung: Schuldverh. 1898, Familienrecht 1897, Erbrecht 1899.
Roßhirt, Die Lehre von den Vermächtnissen nach röm. Recht, Heidelberg 1835.
Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte, Leipzig 1857.
Ruhstraht in Archiv f. d. zivil. Praxis Bd 67 (1883).
Scherer, Erbrecht des BGB., Erlangen 1900.
Schmied, Die Grundlehre der Zessionen, Braunschweig 1866.
Schröder, Das commodum bei der Erbschaftsklage, Heidelberg 1876.
Schwedler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit, Halle 1897.
v. Schwerin, Über den Begriff der Rechtsnachfolge im gelt. Zivilrecht, München 1905.
Staudinger, Kommentar zum BGB., München 1903—1906.
Strohal, Das deutsche Erbrecht 1903, 1904.
Sydow-Busch, ZPO. 1901.
Thiele in Archiv für d. zivil. Praxis Bd. 91 (1901).
Vering, Röm. Erbrecht, Heidelberg 1861.
v. Wächter, Pandekten, Leipzig 1881.
Waller, Surrogation, Bonn 1904.
Weiske, Rechtslexikon Bd. IV, Leipzig 1843.
Wendt, Lehrbuch der Pandekten, Jena 1880.
Westphal, Von den Vermächtnissen, Leipzig 1791.
Wetzell, Der röm. Vindikationenprozeß, Leipzig 1845.
Windmüller, Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes „res succedit . . .", Diss., Heidelberg 1902.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II 1900, Bd. III 1906.

In den Literaturangaben bedeutet eine römische Zahl (I) vor Seite (S.) Band (I).

Einleitung.

§ 1.

Der erste Titel des 46. Buches der Digesten, aus dem die auszulegende Stelle herrührt, trägt die Überschrift

„de fideiussoribus et mandatoribus."

Die Stelle selbst stammt aus dem 7. Buche der Quästionen des Sextus Caecilius Africanus her, eines angesehenen Juristen aus der Zeit des Kaisers Antoninus Pius, der mit nicht weniger als 131 Stellen in den Digesten vertreten ist[1]), und eines Schülers des berühmten Redaktors des edictum perpetuum Salvius Julianus. Der Verfasser tritt uns hier allerdings nur als Africanus entgegen, sein voller Name wird jedoch in l. 3 (§ 4) D. 25,3 genannt.

Wie schon die Überschrift des Titels besagt, handelt der Jurist in der auszulegenden Stelle von der römischen Bürgschaft, und zwar von deren entwickeltster Form, der fideiussio. Sie hat folgenden Wortlaut:

„Heres a debitore hereditario fideiussorem accepit, deinde hereditatem ex Trebelliano restituit: fideiussoris obligationem in suo statu manere ait idemque in hac causa servandum, quod servaretur, cum heres, contra quem emancipatus filius bonorum possessionem accepit, fideiussorem accepit, ideoque in utraque specie transeunt actiones."

Dieser Text ist der Digestenausgabe von Theodor Mommsen (Berlin 1902), die ja auf der lectio Florentina beruht, entnommen. Aber auch die Vulgathandschriften über-

[1]) Rudorff, Röm. Rechtsgesch. S. 176.

liefern uns, abgesehen von einer geringen, rein sprachlichen Abweichung denselben Wortlaut, so daß dieser als feststehend angesehen werden kann.

Allerdings wird schon seit der Glosse[1]) darüber gestritten, ob da, wo African in der dritten Person spricht, wie hier bei „. . . in suo statu manere ait“ seine eigene Ansicht oder die seines Lehrers Julian zum Ausdruck kommt. Die immer mehr zur Geltung kommende herrschende Meinung, der als der natürlicheren der Vorzug zu geben ist, nimmt das letztere an.

Vergl. Karlowa Bd. I § 90 S. 713.

---

[1]) Vergl. deren Bemerk. zu l. 21 § 2 h. 1: Afric. vel Julian. magister Africani.

I. Interpretation der l. 21 pr. D. 46,1.

§ 2.

Übersicht über die verschiedenen Auslegungsversuche.

Von einem doppelten Rechtsverhältnis spricht der Jurist in unserer Stelle, einmal von dem Verhältnis zwischen dem Fiduziar und dem Universalfideikommissar nach der Restitution der Erbschaft gemäß dem Sc. Trebellianum und dann von dem Verhältnis zwischen dem zivilen und dem prätorischen Erben, der gegen jenen die bonorum possessio contra tabulas erlangt hat. Und zwar legt sich der Jurist die Frage vor, ob eine Bürgschaft, die erst der Fiduziar oder heres civilis für eine Nachlaßforderung erworben hat, auch dem Fideikommissar oder prätorischen Erben zugute komme.

Die Antwort, die der Jurist auf diese Frage gibt, ist von den Auslegern der Stelle nicht immer verstanden worden. Dies hat besonders darin seinen Grund, daß sie in den Worten „in suo statu manere“ mehr suchten, als in ihnen liegt. Sie gingen bei ihren Auslegungsversuchen hauptsächlich von folgenden Gesichtspunkten aus:

Der Fiduziar nimmt die Restitution des Nachlasses auf den letztwilligen Wunsch des Erblassers vor. Diesen Wunsch des Erblassers stattet das Gesetz mit der Kraft aus, eine Universalnachfolge zu begründen nicht nur in die körperlichen Sachen, sondern entgegen dem sonstigen Widerwillen des römischen Rechts gegen einen Forderungsübergang auch in die Forderungsrechte des Erblassers. Deshalb können in dieser Restitution nur diejenigen Obligationen inbegriffen sein, die schon in dem Nachlaß des Verstorbenen vorhanden waren, wie dies in den Digesten verschiedentlich auch ausdrücklich

ausgesprochen wird. [So l. 60 (58) § 2 D. 36,1; l. 61 (59) D. eodem tit., wo bei „quoniam hereditaria est actio“ nach dem Vorgange des Cujaz-Tract. ad Afric. VII, 1413 — ein „non“ zu ergänzen ist.] Die erst von dem Fiduziar erworbene Bürgschaft kann also auf den Fideikommissar nicht übergehen.

Andrerseits ist der bonorum possessor der unmittelbare Nachfolger des Erblassers. Von dem zivilen Erben, der sich etwa schon mit dem Nachlaß befaßt hat, kann er sein Recht nicht herleiten, denn es beruht ja gerade darauf, daß der Prätor diesen zivilen Erben völlig ausschaltet. (l. 2 I. 3,9; l. 2 D. 37,1; l. 117, 128 § 1 D. 50,17.) Also auch der bonorum possessor kann sich auf eine erst von dem Erben erworbene Bürgschaft nicht berufen. —

Von solchen Erwägungen veranlaßt, fassen die älteren Ausleger unserer Stelle die Worte „in suo statu manere“ dahin auf, die Bürgschaft solle bei dem Fiduziar oder zivilen Erben bestehen bleiben, und sind, um den Schlußsatz „ideoque transeunt . . .“ damit in Einklang zu bringen, geneigt, hier ein „non“ zu ergänzen oder die Interpolation eines späteren Juristen in ihm zu erblicken. Allerdings mußten sich diese Ausleger noch mit zwei anderen Stellen der Digesten abfinden, nämlich mit l. 22 D. 13,5 (Paulus):

„Si post constitutam tibi pecuniam hereditatem ex senatus consulto Trebelliano restitueris, quoniam sortis petitionem transtulisti ad alium, deneganda est tibi pecuniae constitutae actio. idem est in hereditatis possessore post evictam hereditatem, sed magis est, ut fideicommissario vel ei qui vicit decernenda esset actio.“

und l. 75 (73) D. 36,1 (Maecian):

„Si heres pecuniam hereditariam crediderit et in eam causam pignora acceperit, actiones non competunt ei, cui restituta fuerit hereditas, adversus ipsa pignora. sed aliqua dubitatio remanebit, si in eum contractum, qui ex defuncto fuerit, interpositus heres, antequam restitueret hereditatem, pignus acceperit. sed nec sic quidem ipse admitteretur: ex

fideicommisso tamen habet adversus heredem actionem, ut ei cedat pro pignoris commodo actionem."

In der ersten Stelle wird von dem constitutum dasselbe gesagt, wie in unserer von der Bürgschaft, nach der zweiten soll das von dem Fiduziar für eine erst von ihm, wenn auch aus Nachlaßmitteln begründete Forderung erworbene Pfand überhaupt nicht, das von ihm für eine Nachlaßforderung erworbene Pfand erst durch besondere Zession auf den Fideikommissar übergehen.

Diese beiden Stellen des Paulus und Maecian werden nun wiederholt mit der oben angedeuteten Auslegung unserer Stelle gleichfalls wieder durch Veränderungen des Textes oder Annahme von Interpolationen übereinstimmend gemacht. So hält Ant. Faber (Conj. XV 5) beide Male den letzten Satz für eine Interpolation des Tribonian, der sich aequitatis colore zu ihrer Einfügung habe bewegen lassen. Die in der Maecianstelle geforderte besondere Abtretung der Pfandklage hält er insbesondere deshalb für ausgeschlossen, weil der Fiduziar sie nach der Restitution überhaupt nicht mehr besitze. Er übersieht also, daß die actiones directae dem Fiduziar verblieben.

Gerade diese Bestimmung über die besondere Abtretung der Pfandklage wird weiter aber auch dazu benutzt, um unsere Stelle ohne Ergänzung und Annahme einer Interpolation aus sich heraus auszulegen. Dies tun die Glossatoren. Auch sie erblicken in den Worten „in suo statu manere" den Ausdruck des Gedankens, die Bürgschaft bleibe bei dem Erben bestehen, suchen aber dem durch „transeunt actiones" bestimmten Übergang auf den Fideikommissar oder bonorum possessor dann durch die Erklärung gerecht zu werden, die Bürgschaft gehe auf Grund einer besonderen Zession des Erben über und zu dieser Zession könne der Fideikommissar oder bonorum possessor den Erben zwingen. Entsprechend behandeln sie auch das constitutum in l. 22 D. 13,5[1]).

[1]) Die Glosse weist übrigens noch auf eine andere Auslegung hin, nach der die actiones utiles dem Fideikommissar und bonorum possessor ipso iure, die actiones directae aber erst nach besonderer Zession zustehen sollten. Diese Annahme steht zu der Konstruktion des römischen Universalfideikommisses und der bonorum possessio in unlösbarem Wider-

Später wendet sich Eberhard Otto in seinem Thesaurus iuris Romani (de iur. fideic. Cap. VI S. 865) gegen diesen Standpunkt. Er tritt dafür ein, daß die von dem Fiduziar oder zivilen Erben erworbene Bürgschaft ipso iure auf den Fideikommissar oder bonorum possessor übergehe, indem er erklärt: „In suo statu manere“ sei gleichbedeutend mit „cum principali (actione) transferri, denn es entspreche der Natur der akzessorischen Rechte, das Schicksal des Hauptrechts zu teilen. Diese Erklärung trifft im Endergebnis jedenfalls das Richtige, wenn auch die Begründung den Sinn des Digestentextes nicht wiedergibt. Trotzdem kehrt Cujaz (Tract ad Afric. VII, 1713, 1714), um unsere Stelle mit l. 75 (73) D. 36,1 zu vereinen, wieder mehr zu der Glosse um, indem er eine besondere Zession bei der Bürgschaft und dem Pfande verlangt, wenn der Fiduziar sie „suo nomine“ erwirbt, während sie ipso iure übergehen sollen, wenn sie „hereditario nomine“ angeschafft werden. Mit „nomine“ kann Cujaz nur „im Namen“ [1]) meinen (vergl. l. 75 (73) D. 36,1), dann ist der Unterschied, den er macht, aber allzu äußerlich. Der innige Zusammenhang zwischen Hauptforderung und akzessorischem Recht läßt den Erwerb der Bürgschaft oder des Pfandes seitens des Fiduziars auch ohne dessen ausdrückliche Erklärung stets als im Namen des Nachlasses (hereditario nomine) geschehen erscheinen.

Die Schriftsteller des modernen gemeinen Rechts nehmen denn auch, soweit sie sich mit unserer Stelle befassen, sämtlich an, daß die Bürgschaft ipso iure auf den Fideikommissar und bonorum possessor übergeht.

So Mühlenbruch S. 419ff., Schmid S. 466, Leist II, S. 118ff., Vering S. 797 f.

---

spruch und hat auch keinen Sinn. Denn welches Interesse sollte der Fideikommissar oder bonorum possessor an der Zession des völlig nutzlosen „Schattengebildes“ der actio directa haben, die gewissermaßen nur aus Pietät gegen eine im Grunde überwundene Rechtsanschauung zurückblieb?

[1]) An sich könnte nomen auch Forderung, nomine hereditario für eine Erbschaftsforderung heißen. Dann würde sich aber ein Widerspruch zu l. 75 (73) D. 36,1 ergeben.

Im Gegensatz dazu befinden sich allerdings die beiden einzigen Schriftsteller, die sich eingehender mit der Lehre von dem Vermächtnissen befaßt haben: Westphal (Bd. II, S. 1291) und Roßhirt (Bd. II, S. 252).

Sie fordern, von l. 75 (73) D. 36,1 ausgehend, für den Übergang der Bürgschaft eine besondere Zession. Ihr gesonderter Standpunkt läßt sich aber wohl nur dadurch erklären, daß ihnen unsere Stelle unbekannt geblieben ist, zumal da sie diese nicht einmal erwähnen.

§ 3.

Die Ansicht des Verfassers.

In der Tat läßt sich unsere Stelle, wenn man ihrem Wortlaut keine Zusätze machen will, nur so, wie es die herrschende Meinung tut, auslegen. Wenn der Jurist die Frage, was mit der von dem Fiduziar erworbenen Bürgschaft geschehen soll, zunächst dahin beantwortet: In suo statu manet, so sagt er damit wörtlich nur: Sie verbleibt in ihrem Zustande, das heißt, sie bleibt in ihrer früheren Art und Weise, namentlich also in ihrer früheren Stärke bestehen. Daraus folgt aber, daß sie auf den Fideikommissar übergehen muß. Allerdings kann sie theoretisch sowohl bei dem Fiduziar wie bei dem Fideikommissar bestehen. Denn jenem steht die Hauptklage auch noch nach der Restitution als actio directa, diesem gerade infolge der Anordnung des Prätors als actio utilis (§ 4 I. 2,23) zu. Wie aber die Hauptklage des Fiduziars nach der Restitution von dem Schuldner durch eine exceptio entkräftet werden kann[1]), so ist dasselbe bei der Bürgschaftsklage der Fall. Soll diese also in ihrem alten kräftigen Zustande bestehen bleiben, so muß sie auf den Fideikommissar zu dessen utiler Hauptklage übergehen. Ebenso liegt die Sache bei dem zivilen Erben und dem bonorum possessor. Auch hier ist dasselbe dem römischen Recht eigentümliche Verhältnis zwischen actio directa und utilis gegeben und muß

[1]) l. 14 § 4, l. 28. (27) D. 36,1; Weiske S. 286 ff.

die Bürgschaft auf den bonorum possessor übergehen, wenn sie ihren Bestand behalten soll. Deshalb sagt auch der Jurist zum Schluß unserer Stelle: Daher (ideoque) gehen in beiden Fällen die Klagen über. Gerade dieses ideoque blieb bei den bisherigen Erklärungsversuchen der Worte „in suo statu manere“ unerklärt.

Die Bürgschaft geht also ipso iure, ohne besondere Zession über. Dasselbe ist nach der zitierten l. 22 D. 13,5 bei dem von dem Fiduziar erworbenen constitutum der Fall. Warum wird aber dennoch in l. 75 (73) D. 36,1 bei dem Pfande eine besondere Zession gefordert? Die Erklärungsversuche dafür sind zahlreich. Sie sämtlich aufzuführen, würde über den Rahmen dieser Darstellung hinausfallen. Es genügt hier festzustellen, daß es eine Erklärung dafür gibt, nnd deshalb die abweichende Behandlung des Pfandrechts keinerlei Rückschlüsse auf die Behandlung der Bürgschaft und damit auf die Auslegung unserer Stelle gestattet. Wenn nämlich die Pfandklage nur auf Grund einer besonderen Zession übergehen soll, so mag diese Bestimmung zunächst durch die historische Entwicklung des Pfandrechts und das Verhältnis der Pfandklage zur Hauptklage veranlaßt sein. Das älteste römische Pfand war die durch Eigentumsübertragung bestellte fiducia. Damals machte der Pfandgläubiger das Pfandrecht als sein Eigentumsrecht geltend und der Zusammenhang mit dem Hauptrechte wurde nur durch die Akzessorietät beider Rechte gebildet. Daran änderte sich auch nicht viel, als das Besitzpfand (pignus) und die hypotheca aufkamen. Denn auch jetzt noch bestand zwischen der Hauptklage und der Pfandklage der große Unterschied, daß die erste den Leistungsgegenstand, die zweite die Pfandsache verfolgte. Der Zusammenhang blieb also ungleich loser als der zwischen der Hauptklage und der Klage aus der Bürgschaft: Diese verfolgen beide den Leistungsgegenstand, sie sind objektiv identisch und nur subjektiv gegen verschiedene Personen gerichtet, die Pfandklage und die Hauptklage aber sind als auf die obligatio rei und den Leistungsgegenstand gerichtet, auch objektiv verschieden von einander. Schon

aus diesem theoretischen Unterschied mag sich das Erfordernis der besonderen Abtretung der Pfandklage erklären. Dazu kommt aber noch ein wichtiger praktischer Grund. Wir haben es in l. 75 (73) D. 36,1 mit dem Besitzpfand zu tun. Bei diesen ist es aber nicht ausgeschlossen, daß der Fiduziar als Pfandgläubiger Verwendungen auf das Pfand gemacht oder Beschädigungen durch dieses erlitten hat, und dann kann es ratsam erscheinen, ihm zur Sicherung seiner daraus etwa gegen den Pfandschuldner entstandenen Ansprüche die actio pigneraticia in rem zu belassen und dementsprechend sie auf den Fideikommissar erst auf Grund besonderer Zession übergehen zu lassen. (Schmid § 47 S. 466 ff.) Man muß sogar annehmen, daß dieser Beweggrund für die römischen Juristen, die bei all ihrer theoretischen Gewandtheit nie die praktische Seite außer acht ließen, ausschlaggebend gewesen ist.

Jedenfalls läßt sich also daraus, daß das Pfandrecht auf den Fideikommissar nur kraft besonderer Zession überging, nichts dafür herleiten, daß das gleiche bei der Bürgschaft der Fall gewesen sein müßte. Wahrscheinlich hatte sich ursprünglich der Prätor bei der Bürgschaft und dem constitutum für jeden einzelnen Fall vorbehalten, dem Fideikommissar oder bonorum possessor erst nach besonderer Sachuntersuchung die Klage zu gewähren, wenn es ihm billig erscheinen würde. Dafür spricht in l. 22 D. 13,5 der Ausdruck „decernenda esset actio“. Für das Erfordernis einer besonderen Zession aber lassen sich hier keine Gründe anführen.

Ob übrigens auch noch das justinianeische Recht an dem unzweifelhaft in dem strengen römischen Recht der älteren Zeit begründeten Erfordernis der besonderen Zession der Pfandklage festgehalten hat, ist bestritten. Schmid und Mühlenbruch [1]), denen man sich wohl anschließen muß, verneinen die Frage, dagegen bleiben andere auch für das neuere

[1]) Schmid a. a. O., Mühlenbruch S. 477. Der erstere nimmt an, daß die Römer in späterer Zeit die Zession fingiert hätten. Dies ist ohne Bedeutung.

römische Recht bei dem strengeren Grundsatz stehen[1]). Die Schriftsteller des gemeinen Rechts erwähnen den Unterschied nicht mehr[2]).

§ 4.

Der Rechtsgrund der erörterten lex.

Warum soll nun aber, um wieder zu unserer Stelle zurückzukehren, die Bürgschaft auf den Fideikommissar und bonorum possessor übergehen, trotzdem man, wie wir oben (S. 9—10) sahen, aus dem Wesen des Universalfideikommisses und der Rechtsstellung des bonorum possessor zum Erblasser und zivilen Erben eher das Gegenteil folgern möchte?

Einen allgemeinen Rechtsgedanken, aus dem sich diese Bestimmung ergibt, führt der Jurist nicht an. Ebensowenig läßt er sich aus anderen Quellenstellen unmittelbar entnehmen. Man darf die Untersuchung, ob ein solcher allgemeiner Rechtssatz unmittelbar in den Quellen ausgedrückt ist, nicht auf das Verhältnis zwischen dem Fiduziar und dem Fideikommissar beschränken, sondern muß sie auf die Stellung des zivilen Erben zum bonorum possessor und des Erben zum Erbschaftsbesitzer ausdehnen. Zu dem ersten Vergleich mit dem bonorum possessor fordert der Jurist selbst in den Worten „idem in hac causa servandum . . .“ heraus. Allen drei Rechtsgebilden aber ist der Gedanke der hereditatis petitio gemeinsam, die dem Erben gegen den Erbschaftsbesitzer in ihrer ursprünglichen Gestalt, dem Fideikommissar als fideicommissoria (Tit. D. 5,6) und dem bonorum possessor als possessoria[3]) zusteht, und zwar handelt es sich bei allen diesen Instituten um die allgemeine Frage, wie sich die Rechtsordnung gegenüber Veränderungen, die der Fiduziar, zivile Erbe oder Erbschaftsbesitzer mit dem Nachlaß vornimmt, in ihrer Wirkung auf den Fideikommissar, bonorum possessor oder wirklichen Erben verhält. Man findet jedoch hier in den

[1]) Vering S. 793, No. 10, Westphal II, S. 1291, Roßhirt II, S. 252.
[2]) Dernburg, Pand. III, § 122, S. 239, auch Mielke S. 51.
[3]) So Löhr S. 293, Lenel S. 141; anders allerdings Leist I, S. 293ff.

Quellen immer nur einzelne Fälle besprochen, ohne daß ein allgemeiner Grundsatz auch nur angedeutet wäre, außer den schon erwähnten, namentlich den der Veräußerung von Nachlaßgegenständen und des rechtlichen Schicksals des dafür Erlangten. Um einen Überblick über diese Quellenstellen zu geben, seien angeführt:

1. Für das Verhältnis zwischen dem Fiduziar und Fideikommissar außer l. 18 (17) pr., 19 (18) § 2, 28 (27) § 7, 80 (78) § 16, D. 36, 1, bei denen es zweifelhaft ist, ob sie überhaupt von späteren Veränderungen handeln, namentlich l. 70, § 3, 71, 72 D. de legatis II.

2. Für das Verhältnis des Erben zum Erbschaftsbesitzer: l. 16 § 1; 2; 4; 5; 7; 20 pr., § 1; 22; 25 § 18 D. 5, 3.

Das Verhältnis des zivilen Erben zum bonorum possessor ist außer unserer Stelle in den Quellen kaum geregelt, offenbar deshalb, weil der Fall, daß sich der zivile Erbe trotz des Vorhandenseins eines mit stärkerem Recht ausgestatteten bonorum possessor mit der Erbschaft befaßte, selten praktisch wurde.

Aus dieser lediglich kasuistischen Regelung ist zu entnehmen, daß die klassischen Juristen und so auch der unsrige sich bei allen diesen Bestimmungen weniger von einem allgemeinen Rechtsgedanken als von ihrem natürlichen Rechtsgefühl leiten ließen und in dem einzelnen Fall der Billigkeit Raum gaben. Es ist ja auch das Natürliche in der Rechtsentwicklung, daß Grundsätze sich aus in der Praxis gegebenen Einzelfällen allmählich entwickeln und nicht von vornherein auf durchdringende Rechtsgedanken zurückzuführen sind. Wir haben es hier also mit einer unabgeschlossenen Rechtsentwicklung zu tun, wie auch die spätere Rechtsgeschichte zeigt.

Im gemeinen Recht hat man nämlich versucht, ein allgemeines Rechtsprinzip, das auch den Übergang der Bürgschaft in unseren beiden Fällen rechtfertigen kann, aufzustellen. Diese Entwicklung ist bis auf die Postglossatoren zurückzuführen und hat mannigfache Wandlungen durchgemacht. (Eine kurze Darstellung bei Waller S. 5—9.) Im modernen gemeinen Recht ist man dabei zuletzt regelmäßig

von dem Verhältnis des Erben zum Erbschaftsbesitzer ausgegangen. Dies ist erklärlich. Denn die bonorum possessio hatte ja schon im justinianeischen Recht ihre praktische Bedeutung im wesentlichen verloren und für den Universalfideikommissar wurde, wie unten näher zu besprechen ist, ein neuer Gesichtspunkt maßgebend. Für das Verhältnis des Erben zum Erbschaftsbesitzer wurde nun der Satz aufgestellt, daß alles zum Nachlaß gehöre, was der Erbschaftsbesitzer in dessen Interesse, namentlich mit Erbschaftsmitteln, aber auch aus seinem eigenen Vermögen angeschafft habe[1]). Über die Begründung des Satzes herrschte jedoch lebhafter Streit. Die einen führten ihn auf die Natur der Erbschaft als eines Vermögensganzen zurück, das Wandlungen unterworfen sei, aber trotzdem dasselbe Vermögen bleibe, indem sie dabei von dem durch die Postglossatoren aufgestellten Grundsatz: „Res succedit in locum pretii, pretium in locum rei“ ausgingen[2]). Im einzelnen bestanden innerhalb dieser Richtung wieder mancherlei Verschiedenheiten über die Voraussetzungen und die Wirkungen des Prinzips, insbesondere war man sich nicht einig darüber, ob die Surrogation unmittelbare Wirkung in der Weise äußerte, daß die Ersatzstücke oder Neuanschaffungen unmittelbar in das Eigentum des Erben fielen, oder ob dem Erben nur ein obligatorischer Herausgabeanspruch zustände. Eine weitere Richtung führte den über den ursprünglichen Nachlaß hinausgehenden Anspruch des Erben auf die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag zurück[3]), auch hier

[1]) Ähnlich schon Leist S. 118ff., aber ohne Begründung. Denn wenn er sagt, daß der bonorum possessor insoweit, als er erst durch den zivilen Erben erworbene Rechte erlange, dessen Singularsukzessor sei, so mag dies eine Folge des Überganges des veränderten Nachlasses auf ihn sein, es ist aber keine Erklärung dafür.

[2]) Schröder S. 17ff., Ruhstraht S. 363ff.; wohl auch Windscheid III § 612, S. 532, Dernburg Pand. III § 172, S. 342. Dieser stellt den gleichen Satz ausdrücklich auch für das Verhältnis zwischen Fiduziar und Fideikommissar auf. (Pand. III § 122, S. 239.) Ebenso in Anlehnung an ihn auch Mielke S. 51.

[3]) Köppern S. 330ff., Wetzell S. 142ff., v. Monroy S. 92ff., Pfersche S. 254ff.

wieder mit verschiedenen Abweichungen, die namentlich den redlichen und unredlichen Erbschaftsbesitzer betrafen[1]).

Was insbesondere das Verhältnis des Fiduziars zum Universalfideikommissar anbetrifft, so ist gerade in der letzten Zeit noch ein anderer Umstand betont worden, der den Übergang des erst von dem Fiduziar im Zusammenhange mit der Erbschaft Erworbenen auf den Universalfideikommissar rechtfertigen könnte. Man hat diesen nämlich als den Rechtsnachfolger des Fiduziars bezeichnet, weniger deutlich in den Pandektenlehrbüchern, wo diese Stellung des Fideikommissars wohl am schärfsten von Wendt hervorgehoben wird, wenn er die Restitutionserklärung des Fiduziars als Zessionserklärung bezeichnet (§ 395, S. 898)[2]), ausdrücklich aber in der Spezialliteratur[3]). In der Tat entspricht dieser Standpunkt der historischen Entwicklung des Universalvermächtnisses. Es ist hier insbesondere daran zu denken, daß die Restitution ursprünglich durch venditio nummo uno bewirkt wurde, der Fideikommissar dem Fiduziar ursprünglich also als Erbschaftskäufer gegenüberstand, daß der Fideikommissar ferner zunächst durch Singularsukzession und erst seit dem Sc. Trebellianum durch Universalsukzession in die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten eintrat und daß schließlich das Recht des Fideikommissars bis zuletzt von dem Erbantritt des Fiduziars und in der Regel auch von seiner Restitutionserklärung abhängig war[4]). Aus der Rechtsnachfolgestellung des

[1]) Vergl. Schröder, S. 16ff.

[2]) Sonst Vering, S. 798: „Der Fideikommissar tritt als Universalnachfolger an die Stelle des Fiduziars." Brinz III § 372, S. 72: „.... zum Unterschied vom Universalfideikommissar, der nur mittelbar durch Vermittlung des Erben auf den Erblasser folgt und loco heredis, nicht defuncti steht." v. Wächter II § 269, S. 667: „Der Universalfideikommissar ist nicht Erbe, weil er nur mittelbar durch die Hand des Erben (nicht unmittelbar) in den Nachlaß tritt." Weiske IV S. 290: „Die Natur der Restitution ist Sukzession". Schließlich P. Meyer, § 41, unter No. 1 und 2.

[3]) So Hellwig, § 32, S. 219; Grosse S. 56—58 und die bei ihm S. 57, Note 5, zitierte Literatur; Schwedler S. 167; Bleckwenn S. 27.

[4]) Allerdings folgte der Fideikommissar nicht in die erst von dem Fiduziar begründeten Verbindlichkeiten nach l. 37 (36) a. E. D. 36,1. Grosse S. 71.

Fideikommissars ergibt sich aber ohne weiteres, daß eine Bürgschaft, die der Fiduziar für eine Erbschaftsforderung erwirbt, auf ihn übergehen muß. Denn schon nach römischem Recht ging mit der Hauptforderung das akzessorische Recht der Bürgschaft über.

Man könnte beinahe denken, daß der Jurist in unserer Stelle an diese Rechtsnachfolge des Fideikommissars dachte. Denn dann würde sich zwischen dem hier behandelten principium der lex 21 und ihren übrigen Bestimmungen außer der gemeinsamen Zugehörigkeit zur Bürgschaft der innere Zusammenhang ergeben, daß sie sämtlich von einer Rechtsnachfolge handeln. Dagegen spricht aber schon, daß der Jurist diesen Gedanken nicht ausdrücklich erwähnt hat, und unvereinbar damit ist, daß er den Fideikommissar mit dem bonorum possessor vergleicht, sich also offenbar bei ihm von demselben Grunde für den Übergang der Bürgschaft leiten läßt. Bei dem bonorum possessor kann aber von einer Rechtsnachfolge dem zivilen Erben gegenüber keine Rede sein [1]).

Überhaupt hieße es, wie der Ausgangspunkt dieser Betrachtungen zeigte, der Zeit vorauseilen, wenn man dem Juristen irgendein allgemeines Rechtsprinzip unterschieben wollte.

II. Die Regelung der in der erörterten Stelle behandelten Rechtsfragen nach BGB.

§ 5.

Übersicht des Stoffes.

Wenden wir uns nun zu der Betrachtung, wie das heute geltende Reichsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich zu den von unserem Juristen aufgeworfenen Fragen stellt.

An die Stelle des Universalvermächtnisses ist heute die Nacherbfolge getreten mit dem wichtigen Unterchied, daß

[1]) Daß der bonorum possessor unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblassers ist, betonen: v. Löhr S. 219, 223; Leist S. 116; Vering S. 582.

auch der Nacherbe im Gegensatz zu dem Fideikommissar unter Durchbrechung des der völligen Entwicklung des römischen Erbschaftsvermächtnisses hinderlichen Satzes „semel heres semper heres“ wirklicher Erbe ist und daß es keiner Restitution des Nachlasses an ihn durch den Vorerben bedarf, er vielmehr unmittelbar mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge Erbe wird.

Es ist hier also zunächst zu untersuchen, ob der Nacherbe das Recht aus einer von dem Vorerben für eine Nachlaßforderung erworbenen Bürgschaft geltend machen kann.

Der Gegensatz des zivilen Erben zum bonorum possessor verdankte eigentlichen römischen Rechtsverhältnissen sein Dasein. Er ist deshalb in dem heutigen Reichsrecht ebensowenig wie im gemeinen Recht vorhanden. Trotzdem gibt es aber noch heute Rechtsverhältnisse, bei denen sich ähnliche Beziehungen wie bei der Stellung des zivilen zum prätorischen Erben vorfinden. Wie sich im römischen Recht durch die Zulassung des durch das prätorische Recht berufenen Erben nachträglich herausstellte, daß der bisherige Erbe in Wirklichkeit nie Erbe war, so liegt heute ein gleicher Fall vor, wenn das Testament, auf Grund dessen der Eingesetzte sich als Erbe betrachtet hat, nachträglich von dem gesetzlichen Erben wegen Irrtums, Drohung oder Übergehens eines Pflichtteilsberechtigten auf Grund §§ 2078ff. BGB. mit Erfolg angefochten wird.

In zweiter Linie ist also zu untersuchen, ob eine von dem Testamentserben für eine Erbschaftsforderung erworbene Bürgschaft nach der Anfechtung des Testaments auch von dem gesetzlichen Erben in Anspruch genommen werden kann.

1. Die Behandlung der Bürgschaft bei der Nacherbfolge.

§ 6.

Die Rechtsnachfolgetheorie.

Die Beantwortung der Frage, ob der Nacherbe die von dem Vorerben erworbene Bürgschaft für sich geltend machen kann, hängt zunächst davon ab, in welchem Verhältnis der Nacherbe zum Vorerben steht. Wir sahen, der Fideikommissar des gemeinen Rechts war Rechtsnachfolger des Fiduziars. Da sich das System der Nacherbfolge historisch aus dem Universalvermächtnis entwickelt hat, liegt die Frage nahe, ob auch der Nacherbe als Rechtsnachfolger des Vorerben gelten kann. Dann wäre unsere Frage gelöst. Denn gemäß §§ 401, 412 BGB. würde die Bürgschaft mit der Hauptforderung auf den Rechtsnachfolger übergehen.

In der Tat sieht Hellwig (§ 32 S. 219 ff.) noch jetzt den Nacherben als Rechtsnachfolger des Vorerben an und dem hat sich Große (S. 55. ff.) angeschlossen.

Ihnen steht aber die sonstige Literatur fast einmütig gegenüber. Mit Recht! Der Nacherbe ist nicht der Rechtsnachfolger des Vorerben, sondern des Erblassers.

Ebenso Dernburg BGB. V § 56, Planck Vorbem. S. 270 No. 3, Cosack § 393 S. 801, Endemann III § 39 S. 168 No. 1, Bunsen III S. 326, Peiser S. 62.

Um die entgegengesetzte Ansicht Hellwigs zu widerlegen, bedarf es keiner eingehenden Untersuchung darüber, was das BGB. unter Rechtsnachfolge versteht, ob es insbesondere überhaupt einen einheitlichen Rechtsnachfolgebegriff kennt oder diesem Begriff vielmehr an verschiedenen Stellen verschiedene Bedeutung beimißt, wie sie in den letzten Jahren häufiger vorgenommen worden ist. (So von Hellwig, Romeick, v. Schwerin, Lessing.) Dazu lassen sich vielmehr schon rein äußerlich die Gesetzesbestimmungen über die Stellung des Nacherben verwenden. Nach der Definition des

§ 2100 ist Nacherbe, wer von dem Erblasser in der Weise als Erbe eingesetzt wird, daß er erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist. Daraus geht klar hervor, daß der Nacherbe wirklicher Erbe, nicht etwa bloß Vermächtnisnehmer wie der Universalfideikommissar des gemeinen Rechts ist. Erbe aber ist nach § 1922 derjenige, auf den mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes übergeht. Wenn nun auch die Worte „mit dem Tode“ nur „aus Anlaß des Todes“ bedeuten können, wie gerade die Möglichkeit der Nacherbfolge zeigt, so ergibt der Wortlaut dieser Bestimmung doch, daß das Gesetz an den unmittelbaren Übergang des Vermögens des Erblassers auf den Erben denkt. Deshalb würde ein mittelbarer Übergang der Erbschaft auf den Nacherben durch Vermittlung des Vorerben als dessen Rechtsvorgänger mit der Erbenstellung des Nacherben in Widerspruch stehen.

Der Standpunkt Hellwigs ist aber auch mit dem inneren Wesen der Nacherbfolge unvereinbar. Der Nacherbe hat, wie niemand bestreitet, schon vor dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge ein festes und unentziehbares Anwartschaftrecht, das er unzweifelhaft nur von dem Erblasser herleiten kann. Dies bestreitet auch Große (S. 46) ausdrücklich nicht. Mit dem Eintritt des Nacherbfolgefalles erweitert sich nun dieses Anwartschaftrecht lediglich zu dem vollen Erbrecht; ganz unabhängig von irgendeiner Handlung oder auch nur dem Willen des Vorerben wird der Nacherbe in diesem Zeitpunkt Eigentümer der Nachlaßsachen, Gläubiger der Nachlaßforderungen und Schuldner der Nachlaßverbindlichkeiten. (§ 2139 BGB.) Das Gesetz hat also nicht den geringsten rechtlichen Zusammenhang zwischen dem Vorerben und Nacherben bestimmt. Wie soll da von einer Rechtsnachfolge zwischen beiden die Rede sein! Allerdings ist ja der Erbe befugt, den Nachlaß innerhalb bestimmter Grenzen selbständig zu verwalten und auch über ihn zu verfügen. Darin aber ein vermittelndes Verhältnis zwischen beiden zu erblicken, das zur Annahme einer Rechtsnachfolge genügen würde, wie Hellwig es tut, geht entschieden zu weit. Man bedenke, wie eingeschränkt

das Verwaltungsrecht und die Verfügungsbefugnis des Vorerben ist, daß sie ihn, abgesehen von seiner Beschränkung bezüglich der einzelnen Gegenstände, namentlich nicht berechtigen, von Todes wegen im ganzen über die Erbschaft zu verfügen. Und dann ist es ja noch gar nicht gesagt, daß der Vorerbe überhaupt Gelegenheit hat, von seinem Verfügungs- und Verwaltungsrecht Gebrauch zu machen. Was aber stellt den für die Rechtsnachfolge nötigen Zusammenhang zwischen ihm und dem Nacherben her, wenn die Erbschaft dem Nacherben unverändert anfällt? Andrerseits ist es gewiß auch möglich, daß der Nachlaß sich unter der Verwaltung des Vorerben von Grund aus ändert, und es mag auch vorkommen, daß der Nacherbe Rechte erhält, die dem Erblasser noch nicht zustanden. Den Nacherben deshalb aber als Rechtsnachfolger des Vorerben zu betrachten, wäre nur dann angebracht, wenn sich keine andere Erklärung für diese Erscheinung finden ließe. Daß dem nicht so ist, zeigt schon § 1959 BGB.[1]): Auch wenn der Erbe die Erbschaft ausschlägt, nachdem er Nachlaßgeschäfte geführt hat, erlangt der Zweitberufene sie in veränderter Gestalt. Trotzdem ist er aber unzweifelhaft nicht Rechtsnachfolger des Erstberufenen (vergl. § 1953 BGB.), sondern des Erblassers. Dies gibt selbst Hellwig zu[2]). Als Rechtsgrund für den Übergang des veränderten Nachlasses wird von dem Gesetz in § 1959 vielmehr ausdrücklich angegeben, daß der Erstberufene als Geschäftsführer ohne Auftrag des Zweitberufenen zu behandeln sei. Ebenso gibt das Gesetz aber auch bei der Nacherbfolge eine ausdrückliche Bestimmung, die den Übergang der Nachlaßveränderungen auf den Nacherben erklären kann, nämlich den § 2111, der vorschreibt, daß zur Erbschaft gehöre, was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts, als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt. Hellwig (S. 220 Anm. 3) meint zwar, daß diese Bestimmung zur Erklärung

[1]) Hellmann S. 16—18.

[2]) S. 205.

nicht dienen könne, weil sie eine Fiktion enthalte, und Fiktionen die in Wirklichkeit bestehenden Verhältnisse weder verändern könnten noch wollten. In § 2111 BGB. liegt jedoch keine Fiktion. Das Gesetz erweitert hier einen von ihm selbst aufgestellten Begriff, den Begriff der Erbschaft, den es in § 1922 für den Regelfall als Vermögen des Erblassers definiert. Begriffe sind aber Produkte des menschlichen Denkens, also nicht feststehende, sondern dem Wandel der Anschauungsweise unterworfene Dinge. Deshalb braucht die Rechtsordnung, wenn sie einen von ihr aufgestellten Begriff in einem Falle, wo es das Ergebnis ihres Denkens erfordert, erweitert, nichts anzunehmen, was in Wirklichkeit nicht ist; sie fingiert nicht, sondern setzt hier an die Stelle des allgemeinen Begriffs einen besonderen Begriff, gerade weil diese Veränderung der Anschauungsweise der Zeit, wie sie insbesondere durch den Verkehr bedingt wird, entspricht. Der entgegengesetzte Standpunkt muß schließlich dazu führen, jeden Begriff für eine Fiktion zu erklären[1]). Nach § 1835 Abs. 2 BGB. sollen, um ein andres Beispiel zu geben, als vom Mündel zu ersetzende Aufwendungen auch solche Dienste des Vormundes gelten, die zu seinem Gewerbe oder Berufe gehören. Auch diese Bestimmung fingiert nichts, sondern stellt den Umfang eines Begriffes fest. Selbst wenn man aber in § 2111 durchaus eine Fiktion erblicken will, zeigt wieder § 1959 BGB., daß mitunter auch Fiktionen dazu herhalten müssen, eine rechtliche Konstruktion zu erklären. Denn niemand wird sagen wollen, daß die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag auf die Stellung des Erstberufenen, der später ausschlägt, ohne jeden Zwang passen. Ist es doch zu der Zeit, wo er die Nachlaßgeschäfte vornimmt, noch ungewiß, ob er die Erbschaft nicht doch annehmen wird; er führt also nicht unbedingt fremde Geschäfte und, wenn er annimmt, macht er sie dadurch für sich selbst voll wirksam. —

---

[1]) Bleckwenn S. 63.

Große[1]), der Anhänger Hellwigs, unterscheidet übrigens, wie hier eingeschaltet sein mag, zwischen ius succedendi und ius successionis, die sich zueinander verhalten sollen wie das Recht, das der Zessionar auf eine Leistung des Schuldners hat, zu dem Recht, das er aus der Leistung gewinnt. Das erste soll der Nacherbe vom Erblasser herleiten, das zweite vom Vorerben. Damit sagt Große in umschriebener Form dasselbe wie Hellwig: Weil der Nachlaß bei dem Anfall an den Nacherben durch den Vorerben verändert sein kann, ist der eine der Rechtsnachfolger des andern.

Die Stellung des Nacherben, soweit sie im Gesetz besonders geregelt ist, ergibt also nichts für den Rechtsnachfolgestandpunkt Hellwigs. Ebensowenig läßt sich dafür aber der allgemeine Rechtsgedanke verwenden, auf dem das Verhältnis des Vorerben zum Nacherben beruht.

Das Recht des Vorerben ist entweder, wie z. B. in dem gebräuchlichsten Fall, daß es mit seinem Tode enden soll, zeitlich begrenzt oder resolutiv bedingt. Es sind also die allgemeinen Vorschriften über die resolutive Bedingung und Befristung zu beachten. Beide Fälle sind gleich zu behandeln. (§§ 163, 158 Abs. 2 BGB.) Deshalb braucht im folgenden kein Unterschied zwischen ihnen gemacht zu werden. Bei der Anwendung dieser allgemeinen Vorschriften auf die Nacherbfolge darf man übrigens den wichtigen Unterschied nicht übersehen, daß die Erbschaft bei dem Eintritt der das Recht des Vorerben auflösenden Bedingung nicht an den Erstberechtigten, also meist die gesetzlichen Erben des Erblassers, sondern an den Nacherben fällt, und daß mitunter trotz des Eintritts dieser Bedingung der Vorerbe berechtigt bleibt, nämlich dann, wenn der Nacherbe die Erbschaft nicht annehmen kann oder will. Dieser Unterschied kommt hier aber nicht in Betracht. Hellwig (S. 111 ff.) erblickt nun allerdings auch hier wieder in dem Erstberechtigten den Rechtsnachfolger des resolutiv bedingt Berechtigten. Die Vermittlung zwischen beiden soll in der im resolutiv bedingten Geschäft enthaltenen

[1]) S. 59.

aufschiebend bedingten Willenseinigung der Parteien über die spätere Rückübertragung beim Eintritt der Bedingung liegen. Hellwig zerlegt die Verabredung der Parteien also in zwei Teile, einmal in die unbedingte Willenserklärung, die auf die Übertragung des Gegenstandes gerichtet ist, und sodann in die aufschiebend bedingte, die auf die Rückübertragung abzielt. Diese Teilung findet im Gesetz aber nicht die geringste Stütze. Das Gesetz sagt vielmehr: „Mit der Bedingung tritt der frühere Rechtszustand wieder ein.“ Damit drückt es deutlich aus, daß der übertragene Gegenstand dem Erstberechtigten nicht von dem resolutiv bedingt Berechtigten neu zurückübertragen werden muß, sondern daß er ihm kraft Gesetzes in dem früheren Zustand wieder anfällt, mit andern Worten, daß dieser frühere Zustand nach einer Unterbrechung fortgesetzt wird.

Ebenso die herrschende Meinung, u. a. Plank zu § 161 S. 280 No. 2, Staudinger zu § 158 S. 455 No. 8, Matthiaß § 58 S. 258 oben, Strohal I S. 11, 12 Anm. 3 mit einem treffenden Beispiel.

Dazu kommt nun, daß verschiedene Einzelbestimmungen über die Nacherbfolge der Ansicht Hellwigs geradezu widersprechen. Unvereinbar mit seiner Auffassung ist zunächst, daß die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse mit dem Eintritt der Nacherbfolge als nicht erloschen „gelten“ sollen. (§ 2143 BGB.) Strohal S. 195.

Das Gesetz wendet zwar auch hier wieder den bei Fiktionen üblichen Ausdruck an, deshalb handelt es sich aber keineswegs um eine bloße Fiktion, von der man sagen könnte, sie habe gerade wegen des Rechtsnachfolgeverhältnisses zwischen dem Vorerben und Nacherben von dem Gesetz aufgestellt werden müssen. Die Vereinigung der Rechtsverhältnisse zwischen dem Erblasser und dem Vorerben ist entsprechend dem Rechte des Vorerben an der Erbschaft vielmehr von vornherein resolutiv bedingt oder durch eine Zeitbestimmung begrenzt. Infolgedessen ist auch das Erlöschen der Rechtsverhältnisse, das durch diese Ver-

einigung herbeigeführt worden ist, nur ein resolutiv bedingtes und mit dem Eintritt der Bedingung oder dem Ablauf der Zeit müssen diese wieder in derselben Weise wie früher erscheinen. Schwedler S. 169.

Große (S. 71) will dem Argument aus § 2143 durch den Hinweis auf § 2377 BGB. begegnen: Auch bei dem Erbschaftskauf gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen. Große übersieht aber, daß das Gesetz hier wirklich einmal eine Fiktion aufstellt. Die infolge des Erbfalls erloschenen Rechtsverhältnisse bleiben, wie der Wortlaut des § 2377 ohne weiteres ergibt, Dritten gegenüber aufgehoben, so daß also z. B. der Bürge für eine Forderung des Verkäufers gegen den Erblasser oder des Erblassers gegen den Verkäufer befreit bleibt. Davon wird nur eine Ausnahme für das Verhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Käufer gemacht. Diese beiden sollen sich untereinander, trotzdem die Rechtsverhältnisse in Wirklichkeit erloschen sind, so behandeln, als ob sie noch beständen. Um eine wirtschaftliche Ausgleichung unter den Parteien des Erbschaftskaufs herbeizuführen, wird fingiert, daß der Käufer und nicht der Verkäufer Erbe sei.

Planck zu S. 2377 S. 691 No 3, Kretschmar S. 240, Schwedler § 176, 178.

Unvereinbar mit der Ansicht Hellwigs ist ferner, daß die Verbindlichkeiten, die der Vorerbe für den Nachlaß eingeht, nicht auf den Nacherben übergehen. Denn § 2112 gestattet dem Vorerben zwar als Regel, über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände zu verfügen, nicht aber Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen. Dieses Bedenken wird von Hellwig und Große betont, aber von keinem der beiden beseitigt [1]).

Unvereinbar mit der Meinung Hellwigs ist weiter, daß das Recht des Nacherben auf Beschränkung seiner Erbenhaftung gegenüber dem Vorerben durchaus selbständig ist,

[1]) Hellwig S. 220 Anm. 3, Große S. 69 III.

daß der Nacherbe weiter die Beschränkung seiner Haftung im allgemeinen selbst dann noch herbeiführen kann, wenn der Vorerbe unbeschränkt haftet (§ 2144 BHB.), und daß der Vorerbe noch nach dem Eintritt der Nacherbfolge wegen der Nachlaßverbindlichkeiten insoweit belangt werden kann, als der Nacherbe nicht haftet. (§ 2145 BGB.)

Gegen die Auffassung Hellwigs spricht schließlich die Art, wie das Gesetz einzelne Vorschriften über die Nacherbfolge formuliert hat. Wenn der Nacherbe der Rechtsnachfolger des Vorerben sein soll, warum wird dann noch besonders bestimmt, daß der Schuldner die Zugehörigkeit einer von dem Vorerben durch Rechtsgeschäft erworbenen Forderung zur Erbschaft erst dann gegen sich gelten zu lassen brauche, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt und daß hier die Vorschriften des §§ 406—408 BGB. „entsprechende" Anwendung finden sollen, warum wird ferner bestimmt, daß der Vorerbe über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verfügen dürfe? (§§ 2111 Satz 2, 2112.) Beide Vorschriften wären dann überflüssig. Ebenso wäre es unnötig gewesen, in der Zivilprozeßordnung besondere Regeln über die Unterbrechung des Verfahrens bei dem Eintritt der Nacherbfolge, die Erstreckung der Rechtskraft eines Urteils auf den Nacherben und die Umschreibung der Vollstreckungsklausel für und gegen ihn aufzustellen. (§§ 242, 326 Abs. 2, 727 Abs. 1 ZPO.) Es hätten vielmehr die Bestimmungen der §§ 239, 325, 727 ZPO. genügt Die Aufstellung besonderer Regeln zeigt also wieder, daß die sonst nur für Rechtsnachfolger bestimmten Vorschriften ausnahmsweise auch für den Nacherben gelten sollen, trotzdem er nicht Rechtsnachfolger des Vorerben ist, und dies geben die Motive auch ausdrücklich als Grund für die Aufnahme des § 242 ZPO. an[1] [2].

---

[1]) Mot. S. 101, Sydow-Busch Anm. 1 zu §. 242.

[2]) Hellwig (S. 223) sieht in diesen Vorschriften allerdings gerade eine Bestätigung seiner Ansicht. Dem widerspricht aber jedenfalls, daß die Bestimmungen über die Rechtsnachfolge in den besonderen §§ für die Nacherbfolge nicht unmittelbar, sondern nur „entsprechend" für an-

Einen Vorzug scheint allerdings die Annahme der Rechtsnachfolge zwischen dem Vorerben und Nacherben zu haben, insofern als sie auf den ersten Blick geeignet scheint, eine offenbare Lücke des Gesetzes auszufüllen. Aber auch dieser ist nur ein scheinbarer und schlägt bei näherer Betrachtung in das Gegenteil um. Darin daß der Nacherbe mit dem Eintritt des Nacherbfolgefalls ohne weiteres der Erbberechtigte wird, kann eine Gefahr für den Vorerben, der sich noch mit Nachlaßgeschäften abgibt, oder auch für den Nachlaßschuldner, der den Vorerben noch für den Erben hält, liegen. Das Gesetz bestimmt nun in § 2140 nur, daß der Vorerbe auch nach dem Eintritt der Nacherbfolge zur Verfügung über Nachlaßgegenstände im gleichen Umfang wie vorher berechtigt sein soll, bis er den Eintritt kennt oder kennen muß. Das Gesetz befaßt sich also in erster Linie nur mit dem Vorerben und nur unter der Voraussetzung, daß der Vorerbe gutgläubig ist, soll auch der Dritte diesen Schutz genießen, natürlich nur, wenn er ebenfalls gutgläubig ist. Fehlt es an der Gutgläubigkeit des Vorerben, so ist der Dritte durch die besondere Bestimmung des § 2140 auf keinen Fall geschützt. Deshalb ist er aber noch nicht immer schutzlos, denn unter Umständen kommen auf ihn die Vorschriften über den Erwerb beweglicher Sachen vom Nichtberechtigten, den öffentlichen Glauben des Grundbuchs oder den Erbschein zur Anwendung. Dagegen entbehrt der gutgläubige Erbschaftsschuldner stets jeden Schutzes, wenn er an den bösgläubigen Vorerben zahlt. Das ist natürlich ein wenig wünschenswertes Ergebnis. Hier ergibt es sich nun für die Hellwigsche Auffassung von selbst, sich auf die Anwendbarkeit der §§ 412, 407 BGB. zu berufen, und darin besteht ihr scheinbarer Vorteil Dadurch entsteht aber ein offener Widerspruch zwischen § 407 und § 2040. Während nämlich § 407 die Befreiung des Schuldners auch dann zuläßt, wenn er den Forderungsübergang aus Fahrlässigkeit nicht kannte, schließt § 2040

wendbar erklärt werden. Der Nacherbe ist also nicht in Wirklichkeit Rechtsnachfolger, er soll nur wie ein solcher behandelt werden. Vergl. v. Schwerin S. 73.

die Befreiung des Erbschaftsschuldners schon bei Fahrlässigkeit aus. Hellwig (S. 224, 225) beseitigt diesen Widerspruch dadurch, daß er den § 407 in der durch § 2040 gebotenen Einschränkung anwenden will. Das ist aber eine willkürliche Änderung, die im Gesetz besonders hätte zum Ausdruck kommen müssen, und die Lücke, die man in dem Gesetz empfindet, wenn man den Nacherben nicht als Rechtsnachfolger des Vorerben betrachtet, führt demnach bei dem entgegengesetzten Standpunkt zu einem unlösbaren Widerspruch. Unter diesen Umständen erscheint es ratsamer, mit Strohal (S. 195 Anm. 8) die Befreiung des gutgläubigen Erbschaftsschuldners aus der Gesamttendenz des BGB. zu entnehmen. Dieser Schritt ist gewagt, aber gerechtfertigt, da es sich eben offenbar um eine Lücke des Gesetzes handelt. Man darf allerdings nicht übersehen, daß das BGB. den guten Glauben nicht allgemein schützt, sondern nur in bestimmten Fällen, in denen es die Umstände, insbesondere das Interesse des Verkehrs, geboten erscheinen lassen. Um einen solchen Fall handelt es sich hier aber. Übrigens zeigen auch die Materialien zu § 2140, daß die Absicht des Gesetzgebers hier an sich weiter ging, als in dem Gesetzestext zum Ausdruck gekommen ist. Die Bestimmung des § 2140 ist von dem Reichstag mit der Begründung eingeführt worden, daß „in ähnlichen Fällen so verfahren werde", und dabei ist auf die jetzigen §§ 1424, 1472, 1497, 1546, 1549, 1682, 1893 hingewiesen. In diesen werden aber die weitergehenden Ausdrücke „Verwaltung" (§ 1424) und „Geschäftsführung" (§ 1682) anstatt des hier gewählten „Verfügung über Nachlaßgegenstände" gebraucht[1]).

Komm.-Ber. d. Reichstags zu § 2114a S. 15.

[1]) Anderer als der im Text vertretenen Ansicht sind allerdings: Planck zu § 2140 Anm. 2, Beyer S 205, Anm. 1.

§ 7.

Die Begriffe „Erwerb auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts“ und „Erwerb als Ersatz für die Zerstörung usw. eines Erbschaftsgegenstandes“ in § 2111 BGB.

Der Nacherbe ist also nicht der Rechtsnachfolger des Vorerben, sondern des Erblassers. Um so auffälliger muß es sein, wenn die erst von dem Vorerben für eine Nachlaßforderung erworbene Bürgschaft auch dem Nacherben anfallen sollte, da sie doch dem Erblasser, von dem er sein Recht ableitet, nicht zugestanden hat.

Aber wir sahen schon, daß für Veränderungen, die die Erbschaft in der Hand des Vorerben erleidet, § 2111 BGB. von maßgebender Bedeutung ist. Fällt unter ihn vielleicht auch der Erwerb der Bürgschaft?

§ 2111 lautet: „Zur Erbschaft gehört, was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, sofern nicht der Erwerb ihm als Nutzung gebührt . . .“

Der Erwerb als Ersatz für die Zerstörung usw. eines Erbschaftsgegenstandes kommt nicht in Frage. Eher könnte der Erwerb auf Grund der Hauptforderung, die durch die Bürgschaft gesichert wird, oder mit Mitteln der Erbschaft zutreffen.

Um entscheiden zu können, ob überhaupt einer dieser beiden Begriffe des Gesetzes und welcher von beiden anzuwenden ist, müssen sie zunächst voneinander abgegrenzt werden.

Die Unterscheidung zwischen dem Erwerb auf Grund eines Rechts, als Ersatz für einen Erbschaftsgegenstand und durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft kehrt in gleicher oder ähnlicher Weise an verschiedenen anderen Stellen des Gesetzes wieder: §§ 718 Abs. 2, 818 Abs. 1, 1370, 1440 Abs. 2, 1473, 1486, 1497 Abs. 2, 1524, 1526,

1546, 1554, 1638 Abs. 2, 2041, 2374. Alle diese Stellen können zur Auslegung der Bezeichnungen verwendet werden, da anzunehmen ist, daß sie stets in der gleichen Bedeutung gebraucht werden. Es ist wenigstens eine der vornehmsten Aufgaben einer Kodifikation, nicht nur für einen bestimmten Begriff immer denselben Ausdruck zu gebrauchen, sondern umgekehrt mit demselben Ausdruck auch immer nur denselben Begriff zu bezeichnen. Die Durchführung dieser Aufgabe ist eine wesentliche Bedingung für die Klarheit und Folgerichtigkeit des Gesetzes, und man muß solange annehmen, daß das Gesetz sie erfüllt hat, als nicht wesentliche Bedenken entgegenstehen. Solche sind aber bei den angeführten Gesetzesbestimmungen nicht zu finden. Die Protokolle betonen übrigens auch ausdrücklich, daß die Fassung des jetzigen § 818 Abs. 1 (740 Abs. 1 I E) im Anschluß an den Wortlaut der übrigen Bestimmungen gewählt sei, ohne daß dadurch gegenüber dem früheren Wortlaut eine sachliche Änderung bezweckt würde.

Prot. II. S. 709, Beyer S. 210 Anm. 1.

Die angezogenen Bestimmungen zeigen nun zunächst, daß ein scharfer Gegensatz zwischen den ersten beiden Kategorien (Erwerb auf Grund eines Rechts und als Ersatz) und der dritten (Erwerb durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft) besteht. Dies beweisen namentlich die aus dem Familienrecht stammenden Vorschriften (§§ 1370, 1473, 1524, 1638 Abs. 2 [1]) und aus dem Erbrecht die Bestimmungen über die Erbengemeinschaft (§ 2041) und den Erbschaftskauf (§ 2374). In allen diesen wird nämlich der Erwerb auf Grund eines zu der gerade behandelten Vermögensmasse (eingebrachtes Gut oder Erbschaft) gehörigen Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung usw. eines Rechts gegenübergestellt demjenigen Erwerbe, der durch ein Rechtsgeschäft erzielt wird, das sich auf die betreffende Vermögensmasse bezieht. Hier tritt also den ersten beiden Kategorien aus-

[1]) Es werden hier diejenigen Bestimmungen nicht genannt, in denen nur auf andere Bezug genommen wird.

drücklich als dritte ganz allgemein diejenige gegenüber, bei der der Erwerb durch ein Rechtsgeschäft gemacht wird. Daraus folgt, daß die ersten beiden Begriffe sich nur auf den Erwerb ohne ein solches Rechtsgeschäft beziehen können, denn sonst ist eine scharfe Scheidung derselben gegenüber der dritten Kategorie unmöglich. Die Begriffe gehen von vornherein ineinander über und es ist unverständlich, warum das Gesetz die Unterscheidung gerade in dieser Weise formuliert hat. Als Erwerb auf Grund eines Rechts ist also nur derjenige anzusehen, der ohne jedes vermittelnde Rechtsgeschäft erzielt wird[1]), und unter dem Erwerb, der als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Gegenstandes gemacht wird, ist aus dem gleichen Grunde nur der Ersatzanspruch, nicht aber das auf Grund oder wegen dieses Anspruchs Geleistete, zu verstehen.

Die gleiche Bedeutung müssen die ersten beiden Begriffe nach dem oben Gesagten dann aber auch da haben, wo die dritte Kategorie in veränderter, der konkreten Sachlage entsprechender Form als „Erwerb durch Rechtsgeschäft mit Mitteln des betreffenden Vermögens“ bezeichnet wird, wie hier bei unserem § 2111.

Diese Ansicht ist allerdings äußerst bestritten[2]).

Oertmann (zu § 818 No. 2c α) umfaßt mit dem Begriff „Erwerb auf Grund eines Rechts“ auch alles, was mit dem aus dem Rechte Erlangten durch ein Umsatzgeschäft erworben wird[3]). Andere dagegen verstehen darunter zwar

[1]) Z. B. der Erwerb der Schatzhälfte oder nach Uferrecht; auch die während des Rechts des Vorerben verstrichene Verjährungszeit in Ansehung eines dinglichen Anspruchs an einer zur Erbschaft gehörigen Sache ist hierher zu rechnen. Die Berufung Grosses auf § 221 BGB. für seine Rechtsnachfolgetheorie geht also fehl.

[2]) Ebenso ausdrücklich nur Beyer S. 209 ff. III; wohl auch Große S. 63 β. Vielleicht lassen sich hierher aber auch noch rechnen: Dernburg BGB. V § 56 S. 165, Strohal I S. 197 Anm. 17, Scherer zu § 2111 S. 217. Sie erwähnen allerdings nur Beispiele. Diese stehen aber der hier vertretenen Ansicht wenigstens nicht entgegen.

[3]) Anders allerdings in Aufl. 2, die mir erst nach Vollendung dieser Arbeit zu Gesicht kam.

die Erfüllung eines bereits bestehenden Anspruchs, wie die Einziehung einer schon bestehenden Forderung, nicht jedoch die Erfüllung eines erst durch den Erwerber zu schaffenden Anspruchs, wie die Einziehung des Kaufpreises für die erst von dem Erwerber verkaufte Sache[1]).

Die Materialien zum Gesetz geben hier keinen sicheren Anhalt. Sie lehnen entschieden die Ansicht ab, daß als „Erwerb auf Grund eines Rechts" jeder Erwerb, der durch ein Umsatzgeschäft vermittelt werde, zu verstehen sei, schwanken aber zwischen der hier vertretenen und der zuletzt erwähnten Ansicht.

(Beyer S. 211—213 und die dort erwähnten Stellen aus den Materialien.)

Das Anwendungsgebiet des § 2111 dürfte allerdings bei allen drei Ansichten das gleiche sein, da, was der eine unter die eine Kategorie rechnet, bei dem anderen unter die andere fällt[2]). —

Das Ergebnis dieser Betrachtung ist, daß der Vorerbe die Bürgschaft nicht auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts im Sinne des § 2111 BGB. erworben hat, obwohl man dies vielleicht auf den ersten Blick annehmen möchte, weil der Erwerb dieses akzessorischen Rechts ohne die zur Erbschaft gehörende Hauptforderung undenkbar ist. Diesem Argument steht aber entgegen, daß der Bürgschaftserwerb durch ein Rechtsgeschäft, nämlich den Bürgschaftsvertrag, vermittelt wird.

---

[1]) Planck zu § 818 No. 2b, Crome § 323 S. 1008 Anm. 37, Opet-Blume zu § 1370 S. 125, Feist S. 25—27. Zweifelhaft Staudinger IV S. 163 Anm. 2. Er will hierher auch den Gewinn der Ehefrau aus einer Wette darüber rechnen, daß ein zu ihrem eingebrachten Gute gehöriges Bild ein echter Michel Angelo sei.

[2]) Anders ist dies, wie nebenbei bemerkt sein mag, bei § 818 BGB., in dem nur die beiden Begriffe „auf Grund eines Rechts" und „als Ersatz" erwähnt sind.

§ 8.

Der Begriff „Erwerb mit Mitteln der Erbschaft“ in § 2111 BGB.

Es bleibt also nur noch übrig zu untersuchen, ob der Vorerbe die Bürgschaft mit „Mitteln der Erbschaft“ im Sinne des Gesetzes erworben hat.

Die Motive enthalten sich mit Bedacht einer Definition des Ausdrucks „mit Mitteln der Erbschaft“. Trotzdem sie dessen Unbestimmtheit nicht verkennen, wollen sie die Erläuterung der Wissenschaft und Praxis überlassen. (Mot. Bd. 4 S. 131.)

Eine in der ersteren oft vertretene Meinung geht dahin, daß der Begriff eine Verringerung der Substanz des Vermögens, aus dem die Mittel stammen, voraussetze und daß sich die Mittel und der Erwerb wie Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen müßten, indem man dabei den Zweck der Gesetzesbestimmung dahin auffaßt, daß das zu sichernde Vermögen in seinem Bestand erhalten, aber nicht vermehrt werden solle[1]). Diesen Gedanken wird man schwerlich von vornherein zurückweisen wollen, einer näheren Betrachtung hält er aber nicht Stand. Das Gesetz will zunächst sicherlich nicht Vermehrungen aus dem Tatbestand des § 2111 überhaupt ausschließen. Denn der Begriff des Erwerbes auf Grund eines Rechts setzt keine Verminderung der Substanz voraus. Dies ist in der Literatur auch wohl unbestritten. Fast alle Schriftsteller geben als Beispiele eines solchen Erwerbs den Erwerb der Schatzhälfte und den Erwerb nach Uferrecht. Z. B. Planck zu § 2111 S. 286 No. 2. Wenn aber in der einen Kategorie die Beeinträchtigung des Vermögens nicht vorausgesetzt wird, warum sollte man sie dann in der anderen erfordern, trotzdem sich bereits herausgestellt hat, daß sie von dem Gesetz nicht als grundsätzlich erforderlich ange-

[1]) So Thiele S. 16 ff., allerdings für § 1381, in dem aber, wie wir sahen, der Ausdruck „Mittel“ dieselbe Bedeutung wie in § 2111 hat. Ferner Feist S. 21, 34 f., 84; Binder III, S. 416; Opet-Blume zu § 1381 S. 143.

nommen wird? Dies wäre doch höchstens dann angängig, wenn der Wortlaut der Gesetzesbestimmung dies zwingend erforderte. Davon ist aber keine Rede. Der Ausdruck „mit Mitteln“ ist ein denkbar weitgehender.

Beyer S. 126.

Er weist sprachlich keineswegs darauf hin, daß die Mittel, die den Erwerb hervorbringen, dadurch untergehen oder verringert werden müssen. Mit dieser Annahme läßt sich auch der weitere Gesetzestext nicht vereinbaren. Wenn er bestimmt: „Zur Erbschaft gehört, was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, sofern nicht der Erwerb ihm als Nutzung gebührt“, so bezieht sich der mit „sofern“ beginnende Satz auf alle drei Möglichkeiten[1]), mindestens aber auf den Erwerb mit Mitteln der Erbschaft. Daraus ergibt sich, daß auch die Nutzungen einen mit Mitteln der Erbschaft erzielten Erwerb darstellen. Der Erwerb der Nutzungen braucht aber mit einer Verringerung der Substanz gewiß nicht zusammenzuhängen.

Beyer S. 128; Strohal II, S. 393.

Ebenso würde das Gesetz den Grundsatz, daß nur die an Stelle eines dadurch beeinträchtigten Vermögenswertes angeschafften Gegenstände in das Vermögen fallen sollten, in § 2111 Abs. 2 durchbrechen, wo es bestimmt: „Zur Erbschaft gehört auch, was der Vorerbe dem Inventar eines erbschaftlichen Grundstücks einverleibt.“

Strohal I, S. 198 Anm. 21.

Die Schriftsteller, die das Erfordernis der Vermögensverringerung aufgestellt haben, haben sich wohl meist einseitig von dem Wortlaut des § 1381 BGB. leiten lassen, der die Begriffe „auf Grund eines Rechts“ und „als Ersatz“ nicht enthält. Vielleicht hat auch der alte Satz „pretium succedit in locum rei, res in locum pretii“, den das BGB. hier aber offensichtlich überschreitet, mitgewirkt.

[1]) So Planck zu § 2111 S. 287 No. 2.

Der Begriff „mit Mitteln“ setzt also keine Verringerung des Vermögensbestandes voraus. Ebensowenig brauchen sich Mittel und Erwerb wie Leistung und Gegenleistung zu verhalten. Es genügt vielmehr, daß sie in einem ununterbrochenen Kausalzusammenhang stehen, daß die Mittel nicht nur die bloße Veranlassung, sondern die Ursache des Erwerbes sind, die sich nicht hinwegdenken läßt, ohne daß dadurch auch der Erwerb fortfallen müßte[1]).

Beyer S. 127, 128.

Bei dieser Auslegung ist allerdings auch der Erwerb „auf Grund eines Rechts“ oder „als Ersatz“ ein Erwerb mit Mitteln des Vermögens. Die dritte Kategorie unterscheidet sich aber äußerlich von den beiden ersten dadurch, daß sie als weiteres Erfordernis den Erwerb durch ein Rechtsgeschäft aufstellt[2]).

§ 9.

Die Wirkung des § 2111.

Hat nun der Vorerbe Gegenstände in der im § 2111 bezeichneten Weise erworben, so ist nach dessen Wortlaut die Folge davon, daß sie zur Erbschaft gehören. Damit wird ihre dingliche Zugehörigkeit zur Erbschaft festgesetzt, wie sich besonders aus § 2111. Abs. 1 Satz ergibt und heute auch nicht mehr bestritten ist.

Staudinger zu § 2111 S. 380; Beyer S. 143.

Die Gegenstände sind also ipso iure Teile der Erbschaft, sie erleiden dasselbe Rechtsschicksal wie die Erbschaft überhaupt,

---

[1]) In der Literatur wird außer der Frage der Vermögensverringerung meist nur noch die Frage behandelt, ob der Begriff „Mittel“ juristisch oder wirtschaftlich aufzufassen ist. Dieser Streit interessiert hier nicht. Vergl. Thiele S. 18, Windmüller S. 82ff., Beyer S. 123—126, Staudinger zu § 2019 S. 254, Planck zu § 2019 S. 161 No. 3, Grosse S. 63.

[2]) Strohal II, S. 93 und Beyer S. 209 II weisen darauf hin, daß der Erwerb mit Mitteln durch ein Rechtsgeschäft als das Stärkere auch den Erwerb mit Mitteln ohne Rechtsgeschäft umfasse. Dagegen Staudinger zu § 2019 S. 254.

ohne Rücksicht darauf, daß sie erst nachträglich erworben sind und zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Vermögen noch nicht vorhanden waren.

Dabei darf jedoch eine wichtige Einschränkung nicht übersehen werden. Der Zweck der Bestimmung des § 2111 besteht darin, den Bestand der Erbschaft für den Nacherben durch eine dingliche Schutzvorschrift zu erhalten. Der Nacherbe darf also durch die Vorschrift nicht schlechter gestellt werden. So oft deshalb der Vorerbe bei dem von ihm mit Mitteln des Nachlasses erzielten Erwerb eine Verfügung über Nachlaßgegenstände trifft, gehört dieser Erwerb erst dann zur Erbschaft, wenn die Verfügung dem Nacherben gegenüber ohne weiteres wirksam ist, d. h. wenn sie nicht gegen §§ 2113, 2114 verstößt oder durch die Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten, den öffentlichen Glauben des Grundbuchs und den Erbschein gestützt wird, oder wenn der Nacherbe die Verfügung nachträglich genehmigt[1]). Ebenso gehört der Erwerb nicht zur Erbschaft, der untrennbar mit dem Eingehen einer obligatorischen Verbindlichkeit verknüpft ist, denn die von dem Vorerben eingegangenen Verpflichtungen berühren, wie wir schon sachen, den Nacherben nicht.

§ 10.

Die Entscheidigung unserer Frage für den Regelfall.

Nach dieser Erläuterung des § 2111 können wir untersuchen, ob die von dem Vorerben erworbene Bürgschaft als mit Mitteln der Erbschaft angeschafft zu betrachten ist.

Es sind hier verschiedene Fälle denkbar. Zunächst kann der Vorerbe dem Bürgen für die Übernahme der Bürgschaft ein Entgelt aus seinem eigenen Vermögen oder dem Nachlaß geben. Weiter ist möglich, daß der Bürge sich nur deshalb verpflichtet, weil der Vorerbe dem Hauptschuldner ausdrücklich Stundung gewährt. Das Regelmäßige ist aber wohl, daß der Bürge die Verpflichtung aus der Bürgschaft

[1]) Dies ist in der Literatur unbestritten.

übernimmt, ohne das der Vorerbe ihm selbst oder dem Hauptschuldner eine Gegenleistung macht.

Dieser Fall soll als der Regelfall zunächst besprochen werden.

Dann wird der Bestand des Nachlasses durch den Erwerb der Bürgschaft in keiner Weise beeinträchtigt. Dies steht aber, wie festgestellt worden ist, dem Begriff „Erwerb mit Mitteln“ nicht entgegen. Andrerseits ist die durch die Bürgschaft gesicherte Hauptforderung als Bestandteil des Nachlasses mehr als die bloße Veranlassung zu ihrem Erwerbe. Unmittelbar wird das Recht aus der Bürgschaft allerdings durch den Bürgschaftsvertrag erworben; wenn man aber über dieses vermittelnde Rechtsgeschäft hinweggeht, so ist die nächste Ursache zu dem Erwerbe die Hauptforderung. Denn die Bürgschaft ist ein akzessorisches Recht und als solches auf das Vorhandensein einer Hauptforderung insofern angewiesen, als sie ohne diese nicht entstehen kann. Schon deshalb besteht ein untrennbarer, wenn auch äußerlicher Zusammenhang zwischen dem Nachlaß und Erwerb. Das innerliche Bindeglied aber liegt in dem von der Nachlaßforderung ausgehenden Zwang gegen den Schuldner. Dabei ist gleichgültig, ob die Nachlaßforderung zur Zeit des Erwerbes der Bürgschaft bereits fällig ist oder nicht. Denn auch schon vorher steht der Hauptschuldner unter dem Drucke des Schuldverhältnisses. Die zukünftige Geldentmachung der Forderung wirft gewissermaßen ihre Schatten voraus und dieser Druck ist das Mittel, durch das der Vorerbe die Bürgschaft erwirbt. Mag der Vorerbe sich auch nicht rechtlich bindend verpflichten, dem Hauptschuldner infolge des Erwerbs des Sicherungsrechts Stundung zu gewähren, die Beteiligten erwarten doch, daß er sich sittlich verpflichtet fühlen werde, von einem schroffen Vorgehen gegen den Schuldner, wie es ihm an sich seine Nachlaßforderung gestattet, abzusehen.

Die von der Nachlaßforderung gegen den Hauptschuldner ausgehende Macht ist also das Mittel des Erwerbs der Bürgschaft. Diese Macht ist aber ein Mittel der Erbschaft — wenn auch in der hier in Betracht kommenden Beziehung

ein unverbrauchbares — und die Bürgschaft wird von dem Vorerben deshalb durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erworben[1]).

Sie gehört also gemäß § 2111 dinglich zur Erbschaft. Dabei ist zu beachten, daß der Vorerbe aus dem Bürgschaftsvertrage ausschließlich Rechte erwirbt[2]), aber keine Verbindlichkeiten übernimmt, die ja, wie wir oben sahen, den Nacherben nicht berühren und den Erwerb der Bürgschaft nach § 2111 ausschließen würden. Denn eine vertragliche Haftung des Gläubigers gegenüber dem Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrage ist in der Regel undenkbar. Selbst wenn sie aber eintreten sollte oder der Gläubiger sich dem Bürgen gegenüber nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen verantwortlich machen würde, wie dann, wenn er vorsätzlich, um den Bürgen zu schädigen, die Erfüllung der Hauptschuld nicht annehmen oder ihre Beitreibung unterlassen würde (§ 826 BGB.), stets ist diese Verantwortlichkeit darin erschöpft, daß der Bürge von seiner Verpflichtung befreit wird. Der Gläubiger wird also auch in diesen äußersten Fällen nicht schlechter gestellt, als er es vor dem Erwerb des Sicherungsrechts war.

Nach allem ergeben sich in dem bisher besprochenen Falle bei dem Eintritt der Nacherbfolge bezüglich der Bürgschaft im einzelnen die nachstehenden Rechtsfolgen:

Da die von dem Vorerben erworbene Bürgschaft zur Erbschaft gehört, fällt sie mit dem Eintritt der Nacherbfolge ohne weiteres dem Nacherben an. (§ 2139 BGB.) Dieser ist damit Gläubiger aus dem Bürgschaftsvertrage geworden, ohne daß es einer Abtretung dieses Rechts an ihn bedarf. Er kann sich also, wenn die sonstigen Voraussetzungen (§§ 771, 773 BGB.) vorliegen, sofort an den Bürgen halten und dieser kann sich nicht etwa darauf berufen, daß die Forderung, für die er sich verbürgt habe, eine Forderung

[1]) Zu derselben Entscheidung müßte Beyer gelangen. Vergl. das Beispiel S. 127 und S. 162 Anm. 1.

[2]) Crome § 298 S. 889 Anm. 17—19; Dernburg § 290 No. III; Matthiaß § 131 S. 649.

des Vorerben gewesen und mit dem Eintritt der Nacherbfolge erloschen sei. Denn durch die Bürgschaft wurde, eben weil sie zum Nachlaß gehörte, nicht bloß das zeitlich begrenzte oder resolutiv bedingte Recht des Vorerben an der Nachlaßforderung, das mit dem Eintritt der Nacherbfolge erlosch, gesichert, sondern die Nachlaßforderung an sich, wie sie aus der Person des Erblassers herstammt. Diese geht aber mit dem Wegfall des Erbrechts des Vorerben nicht unter, sondern findet mit der Gesamtheit des übrigen Nachlasses des Erblassers in dem Nacherben einen neuen Rechtsträger, wozu sie von Anfang an durch den letztwilligen Wunsch des Erblassers bestimmt war.

Strohal I, S. 11.

§ 11.

Kritik der gewonnenen Entscheidung.

Das Ergebnis deckt sich mit der Bestimmung des § 2131, die den Vorerben dem Nacherben gegenüber zur Anwendung der in eigenen Angelegenheiten beobachteten Sorgfalt verpflichtet. Dies zeigt folgendes Beispiel:

Angenommen der Vorerbe weiß aus bestimmter Quelle, daß der Hauptschuldner sich bereits in schwierigen Vermögensverhältnissen befindet und daß er infolge ungünstig abgeschlossener Geschäfte in der Zukunft noch tiefer in Schulden geraten muß, so daß keine Aussicht besteht, von ihm die Bezahlung seiner Schuld erlangen zu können. Da kommt ein reicher Bankier zu dem Vorerben und bietet ihm seine Bürgschaft für die Forderung an. Der Vorerbe lehnt aber ihre Annahme ab. Wenn nun die Bemühungen des Nacherben, die Forderung beizutreiben, erfolglos bleiben, so kann er auf Grund des § 2131 zweifellos von dem Vorerben oder dessen Erben Ersatz verlangen. Denn dieser hat seine Verwaltungspflicht vorsätzlich oder mindestens grob fahrlässig dadurch verletzt, daß er die Bürgschaft nicht annahm, und dagegen kann sich der Vorerbe oder sein Rechtsnachfolger nicht darauf berufen, daß der erstere in seinen eigenen Angelegenheiten

nicht besser gewirtschaftet habe. (§ 277 BGB.) Diese Verwaltungspflicht zwingt den Vorerben also, die Bürgschaft anzunehmen und, wenn er dies tut, dann sollte der Nacherbe keine Rechte daraus herleiten können? Das wäre ein Widerspruch im Gesetz.

Die Entscheidung entspricht weiter aber auch der Billigkeit. Daß zunächst der Nacherbe einen Nutzen von der Bürgschaft haben kann, während sie mit dem Eintritt der Nacherbfolge für den Vorerben oder dessen Erben völlig nutzlos wird, bedarf keiner Erörterung. Ebensowenig werden aber die Rechte des Bürgen durch sie verletzt. Wenn er zunächst nicht weiß, daß er sich einem Vorerben gegenüber verpflichtet, so muß er damit rechnen, daß an die Stelle seines Gegenkontrahenten mit dessen Tode die gesetzlichen oder testamentarischen Erben treten und er dann diesen gegenüber verpflichtet ist. Ja, er darf sich nicht einmal wundern, wenn der Bürgschaftsgläubiger zunächst einen Vorerben und dann in schneller Folge hintereinander mehrere Nacherben eingesetzt hat. Weiß der Bürge aber, daß sein Gegenkontrahent bloßer Vorerbe ist, und will er sich nur ihm gegenüber verpflichten, so muß er diesen Willen zum Ausdruck bringen. Geschieht dies nicht, so kann er nach den allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte hier ebensowenig wie bei irgend einem anderen Rechtsverhältnis berücksichtigt werden. Der entgegengesetzte Standpunkt wäre hier für den Vorerben besonders deshalb mißlich, weil er wissen muß, daß nur er und nicht mehr der Nacherbe das Sicherungsrecht ausnutzen kann, um sich nicht durch die Versäumung seines Gebrauchs dem Nacherben gegenüber verantwortlich zu machen. —

Dazu kommt aber auch weiter, daß kein anderer Weg zu dem gleichen Ergebnis führt.

Man möchte vielleicht zunächst an die Möglichkeit denken, daß die von dem Vorerben erworbene Bürgschaft kraft Gesetzes auf den Nacherben übergehe (Forderungsübergang kraft Gesetzes), oder daß der Vorerbe der unmittelbare oder auch mittelbare Stellvertreter des Nacherben sei (direkte

und indirekte Stellvertretung). Diese Theorien sind aber unhaltbar.

Bei der Theorie des Forderungsüberganges darf man zunächst nicht übersehen, daß der Nacherbe Rechtsnachfolger des Erblassers und nicht des Vorerben ist. Wenn dies an sich auch nicht ausschließt, daß der Nacherbe in einzelnen Beziehungen auch der Rechtsnachfolger des Vorerben sein kann, so fehlt es doch an jeder Bestimmung im Gesetze, die hier ein solches Verhältnis zwischen dem Vorerben und dem Nacherben festsetzt. Deshalb kann die Annahme eines gesetzlichen Forderungsübergangs den Übergang der Bürgschaft nicht begründen. Er ist vielmehr die Folge einer rechtlich anders[1]) zu erklärenden Tatsache; sonst müßte man in den circulus vitiosus verfallen, daß der Nacherbe das Recht aus der Bürgschaft geltend machen könne, weil es kraft Gesetzes auf ihn übergegangen sei, und daß es kraft Gesetzes auf ihn übergegangen sei, weil er es geltend machen könne.

Die Theorie der direkten Stellvertretung krankt aber von vornherein an einer Fiktion. Die direkte Stellvertretung setzt den Willen des Vertreters voraus, im Namen des Vertretenen zu handeln. Diesen Willen, den Nacherben zu vertreten, kann ja der Vorerbe neben dem Willen, für sich selbst zu handeln, haben. In den meisten Fällen wird er aber nur an sich denken und der Vertretungswille wird ihm fehlen Um daran die Theorie der Stellvertretung nicht scheitern zu lassen, nimmt man an, das Gesetz fingiere den Vertretungswillen des Vorerben[2]), und gelangt so zu der „notwendigen“ Stellvertretung des Vorerben. Nun erfordert der Begriff der Stellvertretung weiter aber auch, daß der Vertreter in einer für die Gegenpartei erkennbaren Weise im Namen des Vertretenen handelt, und auch dies wird meistens nicht der Fall sein, sicher dann nicht, wenn der Dritte nicht weiß, daß er mit einem Vorerben kontrahiert. Wollte man auch hier wieder fingieren, dann würde in Wirklichkeit von den Vor-

[1]) Wie, darüber ist zum Schluß zu sprechen.

[2]) Kein Mensch muß müssen!

aussetzungen der Stellvertretung nicht mehr viel übrig bleiben. Die Stellvertretung erscheint also nicht geeignet, auch nur zum Vergleich herangezogen zu werden[1]).

Eine der tatsächlichen Grundlage entbehrende Fiktion enthält übrigens auch die Annahme eines Vertrages zugunsten eines Dritten.

Bei der mittelbaren Stellvertretung fällt allerdings das Erfordernis fort, daß der Vorerbe in einer für den anderen Teil erkennbaren Weise als Vertreter des Nacherben handeln muß. Vielleicht liegt es gerade bei der Annahme der indirekten Stellvertretung auch nahe, die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag auf das Verhältnis des Vorerben zum Nacherben anzuwenden. Dazu kann die Entwicklung der hereditatis petitio[2]) veranlassen, die vor dem Sc. Inventianum entschieden zum großen Teile nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag beurteilt wurde[3]), und dazu führt weiter der Umstand, daß Anklänge an die Geschäftsführung ohne Auftrag auch noch in der heutigen Regelung der Nacherbfolge vorhanden sind. (Vergl. §§ 2125, 2127 BGB.) Zunächst muß aber auch hier in vielen Fällen wieder fingiert werden, daß der Vorerbe nicht nur eigene, sondern auch fremde, nämlich des Nacherben Geschäfte führen will, und dann fällt weiter ins Gewicht, daß der Nacherbe durch die mittelbare Stellvertretung nicht unmittelbar berechtigt wird, sondern nur einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten gegen den Vorerben erhält. Bei dem Eintritt der Nacherbfolge würde ihm also, trotzdem ihm die Hauptforderung ohne weiteres anfällt, bezüglich der Bürgschaft nur der Herausgabeanspruch zustehen. § 401 BGB. kommt nicht zur Anwendung, da es sich nicht um einen Übergang der Hauptforderung von dem Vorerben auf den Nacherben handelt. Dieser Zustand ist aber rechtlich undenkbar, denn die Bürgschaft kann als ak-

---

[1]) Daß diese Theorie auch zu unliebsamen Folgen führt, erörtert Beyer S. 167 ff.

[2]) Welche hier als fideicommissoria in Betracht kommt.

[3]) Vergl. Ruhstraht, S. 366.

zessiorisches Recht von der Hauptforderung nicht getrennt werden. Man muß also ein Rechtsverhältnis konstruieren, auf Grund dessen der Anfall der Bürgschaft trotz der nur mittelbaren Stellvertretung unmittelbar mit dem Eintritt der Nacherbfolge stattfindet. Dazu kann wohl die Annahme dienen, daß der Vorerbe gleichzeitig mit dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages mit sich selbst als unmittelbarer Vertreter des Nacherben einen aufschiebend bedingten oder befristeten Abtretungsvertrag abschließt. Auch hier gelangt man also wieder zu einer gekünstelten Fiktion, um ganz zu schweigen davon, daß das Kontrahieren des Vorerben mit sich selbst, um Wirksamkeit zu erlangen, nach außen in die Erscheinung treten muß und auch dies hier nicht der Fall ist.

Nach allem würde wohl nur noch übrig bleiben, den Vorerben kraft Gesetzes als Verwalter des Nachlasses nicht nur für sich, sondern auch für den Nacherben anzusehen und ihm aus dieser Verwaltungsbefugnis, die anderseits eine Verwaltungspflicht ist, die Befähigung zuzusprechen, in bestimmten Beziehungen mit unmittelbarer, gleichzeitig mit dem Nacherbfolgefall in Kraft tretender, also aufschiebend bedingter oder befristeter Wirkung für den Nacherben zu handeln. Er würde dann, soweit er als Verwalter des Nachlasses für den Nacherben tätig wird, eine Stellung haben, die der des Testamentsvollstreckers ähnlich wäre. Gerade dieses Beispiel liegt vielleicht um so näher, als auch der Testamentsvollstrecker re vera mitunter gleichzeitig für seine eigene Person handelt, z. B. dann, wenn er Miterbe ist. Ein großer Unterschied zwischen der Stellung des Testamentsvollstreckers und der des Vorerben liegt aber darin, daß der erstere in bestimmtem Umfange auch Verbindlichkeiten für den Nachlaß eingehen darf (§§ 2206, 2207 BGB.), während die gleiche Befugnis dem Vorerben versagt ist. Überhaupt fehlt es im Gegensatz zu der Regelung der Testamentsvollstreckung (§ 2205 BGB.) an einer grundlegenden Bestimmung im Gesetze, die die Annahme einer solchen Verwaltungsbefugnis des Vorerben für den Nacherben mit unmittelbarer Wirkung rechtfertigen kann. Den Zweck, der an anderen Stellen durch eine solche

Verwalterstellung erreicht wird, vertritt hier eben die Bestimmung des § 2111.

§ 12.

Die Entscheidung in besonderen Fällen.

Wir haben bis jetzt nur den als Regel bezeichneten Fall besprochen, daß der Vorerbe die Bürgschaft ohne jede Gegenleistung erwirbt. Es ist oben aber schon darauf hingewiesen worden, daß andere Fälle denkbar sind, in denen der Vorerbe dem Hauptschuldner ausdrücklich Stundung oder dem Bürgen ein besonderes Entgelt gewährt. Diese sollen jetzt behandelt werden.

Bewilligt der Vorerbe dem Hauptschuldner Stundung, so werden bei dem Erwerbe der Bürgschaft zwei Verträge abgeschlossen, der Bürgschafts- und der Stundungsvertrag. Die beiden Verträge können in ihrem Bestande völlig unabhängig voneinander sein. Dann ergeben sich für den Erwerb der Bürgschaft dieselben Rechtsfolgen wie bei dem bisher besprochenen Regelfall. Denn auch wenn der Stundungsvertrag für den Nacherben unwirksam sein sollte, wird der Bürgschaftsvertrag dadurch nicht berührt, er gehört also stets gemäß § 2111 zur Erbschaft. Regelmäßig aber werden der Bürgschafts- und der Stundungsvertrag derartig voneinander abhängig sein, daß der Bestand des einen den des anderen bedingt, sei es nun, daß der Bürge seine Verpflichtung den Umständen nach oder ausdrücklich von der Bewilligung der Stundung abhängig macht oder daß er die Stundung gleich sich selbst als Vertreter des Hauptschuldners oder diesem in einem Vertrage zugunsten eines Dritten versprechen läßt.

Bei dieser Sachlage ist es zunächst nicht mehr zweifelhaft, daß der Vorerbe die Bürgschaft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt. Seine Gegenleistung besteht darin, daß er sich des Klagerechts aus der Nachlaßforderung auf bestimmte Zeit begibt und dadurch die Substanz des Nachlasses verringert. Damit trifft er eine Verfügung über die Nachlaßforderung. Sie berührt das Recht des Nacherben natürlich

nur dann, wenn die Stundung auch zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge noch nicht abgelaufen ist. Selbst dann aber ist sie ihm gegenüber in der Regel wirksam, da der Vorerbe ihm gegenüber zur Verfügung über Forderungen gewöhnlich berechtigt ist. Dann ist der Nacherbe also dem Hauptschuldner oder Bürgen gegenüber an den Stundungsvertrag gebunden. Demgemäß ist auch der Bürgschaftsvertrag wirksam und, da er mit Mitteln der Erbschaft erworben ist, kommt auch hier wieder § 2111 zur Anwendung. Die Rechte aus der Bürgschaft gehören also zur Erbschaft und bei dem Eintritt der Nacherbfolge treten die schon geschilderten Folgen ein. Anders ist die Rechtslage nur, wenn die dem Hauptschuldner gestundete Nachlaßforderung aus dem Recht an einem Grundstück entspringt (z. B. Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld) und durch die Stundung dieser Forderung das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt wird. Zur Verfügung über eine solche Forderung ist der Vorerbe nach § 2113 nicht befugt. Der Stundungsvertrag äußert also, wenn nicht etwa die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zugunsten des Hauptschuldners eingreifen, für den Nacherben erst dann Rechtsfolgen, wenn er ihn genehmigt, und nur unter dieser Voraussetzung ist ihm gegenüber auch der von dem Stundungsvertrag abhängige Bürgschaftsvertrag wirksam, erst dann tritt § 2111 mit den bekannten Rechtsfolgen ein. Genehmigt der Nacherbe aber den Stundungsvertrag nicht, so ist dieser und damit auch der Bürgschaftsvertrag gemäß § 2113 mit dem Eintritt des Nacherbfolgefalls unwirksam. Daraus folgt, daß durch die Bürgschaft, solange der Nachlaß dem Vorerben zusteht, nicht die Nachlaßforderung gegen den Hauptschuldner als solche, die von Anfang an dazu bestimmt ist, zunächst auf den Vorerben und dann auf den Nacherben überzugehen, gesichert ist, sondern nur das zeitweilige Recht des Vorerben an dieser Forderung. Dieses Recht erlischt aber mit dem Eintritt der Nacherbfolge, und der Bürge wird dadurch befreit.

Die gleiche Erscheinung zeigt sich mitunter, wenn der Vorerbe dem Bürgen ein besonderes Entgelt für die Übernahme

der Bürgschaft gibt. Dann liegt allerdings kein reiner Bürgschaftsvertrag vor. Denn dessen Wesen geht darin auf, daß der Bürge sich dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners einzustehen. (§ 765 BGB.) Ein Entgelt des Gläubigers an den Bürgen in ihm selbst ist also ausgeschlossen und, übernimmt der Bürge die Bürgschaft gegen eine solche Vergütung, dann ist der Tatbestand einer Forderungsversicherung gegen Prämie gegeben: Der Bürge verspricht durch die Übernahme der Bürgschaft gegen ein bestimmtes Entgelt, den Gläubiger für den Fall schadlos zu halten, daß ein ungewisses, ihn schädigendes Ereignis (die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder sein mangelnder Wille, zu zahlen) eintreten sollte.

Crome § 291 S. 838, Fischer-Henle zu § 765 No. 1.

In dem Versicherungsvertrage steht Entgelt und Übernahme der Bürgschaft als Leistung und Gegenleistung gegenüber. Die etwaige Leistung aus der Bürgschaft selbst stellt sich als Erfüllung der in dem Versicherungsvertrage übernommenen Verbindlichkeit dar.

Foerster-Eccius II § 144 S. 391. Der Anspruch aus der Bürgschaft ist also von dem ihm zugrunde liegenden Versicherungsvertrage abhängig.

Hat der Vorerbe nun die dem Bürgen gewährte Vergütung zunächst aus dem Nachlaß entnommen, so kann auch hier wieder kein Zweifel daran sein, daß er die Bürgschaft mit Mitteln der Erbschaft erworben hat und daß insofern der Anwendung des § 2111 jedenfalls nichts entgegensteht.

In allen Fällen, wo der Vorerbe dem Bürgen ein Entgelt gewährt, ist übrigens allein dieses Entgelt das Mittel, mit dem er die Bürgschaft erwirbt. Möglich ist, daß auch hier der von dem Schuldverhältnis gegen den Hauptschuldner ausgehende Druck den Bürgen mit veranlaßt, sich für den Hauptschuldner zu verpflichten. Zutreffend ist weiter auch, daß diese Verpflichtung als akzessorische ohne das Hauptrecht, das zum Nachlaß gehört, nicht zustande kommen kann. Das Vorhandensein der Hauptforderung ist aber, wenn ein Entgelt gezahlt wird, doch immer nur die Veran-

lassung zur Eingehung des Bürgschaftsvertrages, die Ursache dazu bleibt allein das Entgelt. Denn der Bürge rechnet damit, daß der Hauptschuldner leistet und er selbst durch die Übernahme seiner Verpflichtung ein Geschäft macht.

Sonst ist bei dem Falle, daß der Vorerbe das Entgelt dem Nachlaß entnimmt, im einzelnen zu unterscheiden, ob er dem Bürgen solche Gegenstände gibt, über die er mit Wirksamkeit gegen den Nacherben verfügen darf (Geld, das nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht dauernd anzulegen ist; bewegliche Sachen; die in §§ 2116 bis 2118 nicht genannten Wertpapiere; Forderungen mit Ausnahme der in § 2113 bezeichneten), oder solche, bei denen ihm dieses Verfügungsrecht nicht zusteht (Grundstücke oder Rechte an einem Grundstück).

Im ersten Falle ist der Anspruch aus der Bürgschaft im Zusammenhange mit einer dem Nacherben gegenüber wirksamen Verfügung über Nachlaßgegenstände erworben und deshalb gemäß § 2111 Bestandteil des Nachlasses. Der Nacherbe kann sich also gegebenenfalls an den Bürgen halten.

Durfte der Vorerbe aber über die dem Bürgen als Entgelt gewährten Gegenstände nicht verfügen, so hängt die Anwendbarkeit des § 2111, wenn die Verfügung dem Nacherben gegenüber nicht infolge der Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs oder des Erbscheins wirksam ist, wieder davon ab, ob der Nacherbe sie genehmigt. Genehmigt er, so ist der Fall des § 2111 gegeben und die Bürgschaft steht dem Nacherben als zur Erbschaft gehörig zu. Genehmigt er nicht, so ist der Bürge mit dem Entritt des Nacherbfolgefalls befreit.

Gibt der Vorerbe das Entgelt für die Bürgschaft ferner aus seinem eigenen Vermögen hin, so kommt § 2111 ebenfalls nicht zur Anwendung. Denn der Vorerbe hat das Sicherungsrecht mit seinen eigenen Mitteln, nicht mit Mitteln der Erbschaft erworben. Durch die Bürgschaft ist in diesem Falle in der Regel wieder nur das zeitlich begrenzte Recht des Vorerben an der Nachlaßforderung gesichert und mit dem Entritt der Nacherbfolge wird der Bürge befreit. Dem

Nacherben steht der Anspruch aus der Bürgschaft höchstens dann zu, wenn besondere Umstände ergeben, daß der Vorerbe gleichzeitig als sein unmittelbarer Vertreter dem Bürgen gegenüber gehandelt hat.

Schwieriger gestalten sich die Rechtsverhältnisse, wenn der Vorerbe teils seine eigenen Mittel, teils solche aus dem Nachlaß zu dem Erwerb der Bürgschaft verwendet. Es kommt hier darauf an, ob die Nachlaßforderung, die durch die Bürgschaft gesichert werden soll, real teilbar ist oder nicht. Ist sie teilbar, so läßt sich auch der Anspruch aus der Bürgschaft, der ja mit ihr übereinstimmt, zerlegen und man gelangt unter Anwendung des § 2111 zu dem Ergebnis, daß derjenige Teil der Verpflichtung des Bürgen zur Erbschaft gehört und deshalb von dem Nacherben geltend gemacht werden kann, der dem Wert des aus dem Nachlaß stammenden Entgelts entspricht. Natürlich ist auch hier wieder Voraussetzung, daß der Vorerbe über die als Entgelt gegebenen Nachlaßgegenstände verfügen durfte oder der Nacherbe die Verfügung genehmigt. Hat also z. B. der Vorerbe dem Bürgen für die Übernahme der Bürgschaft für eine Darlehnsforderung von 10 000 M. eine Vergütung von 600 M. und zwar 150 M. aus seinem eigenen Vermögen und 450 M. aus dem Nachlaß gezahlt, so kann der Nacherbe gegebenenfalls die Bürgschaft in Höhe von 7500 M. geltend machen. Wie aber, wenn die Nachlaßforderung und damit der Anspruch aus der Bürgschaft unteilbar ist, wenn sie z. B. auf die Lieferung eines Pferdes geht? In der Literatur finden sich kaum Anhaltspunkte für die Entscheidung dieser Frage. Dort ist nur im Anschluß an § 1381 BGB. der Fall besprochen, daß der Ehemann bewegliche Sachen teils mit Mitteln des eingebrachten Gutes teils, mit eigenen Mitteln erwirbt, und im Anschluß an § 45 KO. ferner der Fall behandelt, daß die Ehefrau des Gemeinschuldners während der Ehe erworbene Gegenstände teils mit Mitteln des Gemeinschuldners, teils mit andern Mitteln angeschafft hat. Die herrschende Meinung geht in diesen Fällen dahin, daß gemäß § 741 BGB. eine Rechtsgemeinschaft zwischen den Eheleuten entstehe, deren

Auseinandersetzung nach den Allgemeinen Regeln zu erfolgen habe[1]). Von einer solchen Rechtsgemeinschaft kann hier aber keine Rede sein. Denn als Rechtsträger des Bürgschaftsanspruchs, mag er sich nur auf das Recht des Vorerben an der Nachlaßforderung oder die Nachlaßforderung selbst beziehen, kommt immer nur der Vorerbe allein in Betracht und man kann nicht etwa sagen, daß das Subjekt des Bürgschaftsanspruchs, soweit durch ihn die Nachlaßforderung an sich gesichert wird und er gemäß § 2111 zur Erbschaft gehört, die Erbschaft selbst sei. Dann würde man die Erbschaft als juristische Person ansehen und damit stimmt die gesetzliche Regelung, die die juristischen Personen im BGB. gefunden haben, nicht überein. Schon daran scheitert die Annahme einer Rechtsgemeinschaft zwischen dem Vorerben und der Erbschaft, die übrigens mit dem Entritt des Nacherbfolgefalls — dann erlischt das Recht des Vorerben an der Nachlaßforderung und damit der sich auf dieses Recht beziehende Bürgschaftsanspruch — auch wieder aufgelöst sein würde und deshalb für den Umfang und die Art der etwaigen Berechtigung des Nacherben an der Bürgschaft zu keinem Ergebnis führen kann. Mangels einer besonderen Regelung im Gesetze muß es deshalb Sache der Auslegung sein, ob der unteilbare Bürgschaftsanspruch, der teils mit Mitteln der Erbschaft teils mit Mitteln des Vorerben erworben worden ist, gemäß § 2111 zur Erbschaft gehört, und zwar wird man dies in der Regel annehmen müssen, wenn der überwiegende Teil der Mittel dem Nachlaß entstammt[2]).

---

[1]) Vergl. Thiele S. 39, Teist S. 85, Beyer S. 151, 152. Dort ist auch die Literatur zu § 45 KO. in der Hauptsache mit zum Teil abweichenden Ansichten angegeben.

[2]) Zu diesem Ergebnis gelangt auch Dernburg Pr. Privatrecht III § 26. S. 87 Anm. 7 für § 45 (37) KO.

2. Die Behandlung der Bürgschaft bei der Testamentsanfechtung.

§ 13.

Die Bedeutung des § 2019 BGB.

Mit dem ersten Falle, in dem der Vorerbe die Bürgschaft für die Nachlaßforderung erwirbt, hängt eng die Entscheidung des zweiten zusammen. Hier erwirbt der von dem Erblasser eingesetzte Testamentserbe die Bürgschaft gleichfalls wieder für eine zum Nachlaß gehörige Forderung. Später wird das Testament von dem gesetzlichen Erben aus einem der Gründe der §§ 2078, 2079 BGB. zu Recht angefochten.

Die Folge davon ist, daß das Testament von Anfang an als nichtig anzusehen ist. (§ 142 Abs. 1 BGB., der zur Anwendung kommt, weil keine besondere Vorschriften über die Folgen der Testamentsanfechtung gegeben sind.) Der Testamentserbe war also nie Erbe, er war nie Eigentümer der Nachlaßsachen, nie Gläubiger der Nachlaßforderungen. Was er aus der Erbschaft erlangt hat, hat er auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts erlangt. Allerdings war er einst wirklicher Erbe, wenn seine Rechtsstellung auch von vornherein mit einem Mangel behaftet war. Nachdem dieser Mangel nun aber in der gehörigen Weise geltend gemacht worden ist, ist der Testamentserbe so zu behandeln, als ob er nie Erbe gewesen wäre. Er steht dem gesetzlichen Erben also als Erbschaftsbesitzer gegenüber. Gleichgültig ist dabei, ob der Testamentserbe nach der Testamentsanfechtung den Erbschaftsbesitz gegenüber dem gesetzlichen Erben auf andere Weise zu behaupten sucht. Das Gesetz legt nur Gewicht darauf, auf welche Weise der Erbschaftsbesitzer in den Besitz des Nachlasses gekommen ist (§ 2018 BGB.), nicht wie er ihn zu halten sucht. Das Verhältnis zwischen dem Testamentserben und den gesetzlichen Erben regelt sich also unter allen Um-

ständen nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch. (§§ 2018 ff. BGB.)[1]).

Unter diesen gibt das Gesetz für Veränderungen, die der Erbschaftsbesitzer mit der Erbschaft vornimmt, eine dem § 2111 entsprechende Vorschrift, nämlich § 2019. Er bestimmt:

„Als aus der Erbschaft erlangt gilt auch, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt".

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß das Gesetz dem Begriff „mit Mitteln" in allen Fällen den gleichen Sinn beilegt. Es ist also insbesondere auch zwischen § 2111 und 2019 kein Unterschied und es genügt insoweit, auf das zu § 2111 Gesagte zu verweisen[2]).

Ebenso ist die Wirkung, die § 2019 bezüglich des Erwerbs mit Mitteln der Erbschaft durch den Erbschaftsbesitzer festsetzt, die gleiche wie die in § 2111. Allerdings ist der Wortlaut hier nicht so bestimmt wie dort und der erste Entwurf (§ 2081) wollte dem Erben auch nur einen Forderungsanspruch auf den Erwerb gegen den Erbschaftsbesitzer geben, sich also mit einer obligatorischen Wirkung begnügen. Allein es fehlt an jedem inneren Grunde, der diesen Unterschied zu § 2111 erklären könnte, und man ist sich heute auch einig darüber, daß schon die zweite Kommission zur dinglichen Wirkung übergegangen ist.

Planck zu § 2019 S. 160 No. 2; Frommhold ebenda S. 78. No. 3a; Feist S. 87; Kretschmar S. 142f.

Der wahre Erbe wird also unmittelbar Eigentümer der von dem Erbschaftsbesitzer mit Mitteln der Erbschaft erworbenen Sachen und Gläubiger der ebenso angeschafften Forderungen.

---

[1]) Anders scheinbar Bruck S. 99, der § 1959 analog gegenüber dem Zweitberufenen anwenden will, nachdem der Erstberufene seine Ausschlagungserklärung angefochten hat. Wenn aber der Zweitberufene die Erbschaft bereits angenommen hatte, ist für die Anwendung des § 1959 nach dessen Wortlaut kein Raum mehr.

[2]) Die Redaktionskommission wurde ausdrücklich beauftragt, bezüglich des Erwerbs mit Mitteln der Erbschaft „schon jetzt" bei § 2111 und § 2019 die Gleichheit des Ausdrucks herzustellen. Mugdan Mat. V S. 484. Vergl. auch Kretschmar S. 209, Feist S. 93 Windmüller S. 92.

Auch der Zweck der Bestimmung ist der gleiche wie bei der Nacherbefolge. Der Erbe soll dagegen geschützt werden, daß sein Herausgabeanspruch gegen den Erbschaftsbesitzer sich in eine Anzahl obligatorischer Ansprüche verwandle, der Nachlaß soll ihm vielmehr als solcher mit dinglicher Klage angreifbar erhalten bleiben. Es ist deshalb auch hier unbestritten, daß, soweit der Erbschaftsbesitzer den Erwerb im Zusammenhang mit der Verfügung über einen Nachlaßgegenstand macht, § 2019 nur dann eingreift, wenn diese Verfügung dem Erben gegenüber wirksam ist. Nun ist an sich der Erbschaftsbesitzer im Gegensatz zum Vorerben überhaupt nicht zur Verfügung über den Nachlaß befugt. Seine Verfügungen können also nur dadurch wirksam werden, daß die Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten den öffentlichen Glauben des Grundbuchs oder über den Erbschein Platz greifen. Ob die Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten zwischen dem Erbschaftsbesitzer und dessen Gegenkontrahenten überhaupt zu einem Eigentumsübergang führen können, ist allerdings zweifelhaft. Denn nach § 857 BGB. geht der Besitz an den Nachlaßsachen mit dem Erbfall auf den wirklichen Erben über und es wird deshalb die Meinung vertreten, daß auch der Gutgläubige von dem Erbschaftsbesitzer kein Eigentum an Nachlaßsachen auf Grund der §§ 932—934 BGB. erwerben könne, da die Nachlaßsachen dem Erben „abhanden gekommen“ seien und mithin die Ausnahme des § 935 BGB. eintrete.

So Beyer S. 95; anders Binder III, S. 427, Scherer S. 134.

Diese Meinung dürfte aber fehlgehen. Der Ausdruck „abhanden kommen“ in § 935 BGB. setzt voraus, daß der Erbe den Besitz der Nachlaßsachen bereits tatsächlich ergriffen hatte. Dafür spricht gerade bei der Regelung des Erbschaftsanspruch die Bestimmung, daß der gutgläubige Erbschaftsbesitzer wegen verbotener Eigenmacht dem Erben gegenüber nur haftet, wenn dieser den Besitz der Sache bereits tatsächlich ergriffen hatte. (§ 2025 BGB.)

§ 14.

Die Entscheidung des Regelfalls und ihre Kritik.

Nach allem ergibt sich für den Regelfall, bei dem der Testamentserbe die Bürgschaft erwirbt, ohne dem Bürgen ein Entgelt oder dem Hauptschuldner Stundung zu gewähren, dieselbe Rechtslage unter den Beteiligten wie im Falle der Nacherbfolge.

Der gesetzliche Erbe erwirbt die Bürgschaft unmittelbar durch den Abschluß des Bürgschaftsvertrages seitens des Testamentserben. Dieser selbst war aus dem Geschäfte überhaupt nicht berechtigt. Der gesetzliche Erbe hat also gegen den Bürgen bei dem Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen den Leistungsanspruch und dieser kann sich hier noch weniger als bei der Nacherbfolge darauf berufen, daß die durch die Bürgschaft gesicherte Forderung infolge der Anfechtung erloschen sei, da sich nachträglich herausstellt, daß diese Forderung dem Testamentserben nie zugestanden hat. Ebensowenig kann sich der Bürge aber darauf stützen, daß die gesicherte Forderung nicht zur Entstehung gelangt sei. In der Person des Testamentserben ist sie allerdings nicht entstanden, sie war aber im Nachlaß vorhanden und dorthin fiel von Anfang an auch das Sicherungsrecht.

Eine andere Frage ist, ob die gefundene Entscheidung auch hier der Billigkeit entspricht. Dies muß man unter Umständen bezweifeln. Es sind Fälle denkbar, in denen es dem Bürgen nicht gleichgültig sein kann, ob er mit dem Testamentserben oder dem gesetzlichen Erben kontrahiert hat, ja, er kann dem Testamentserben sogar ausdrücklich erklärt haben, er wolle sich nur ihm, nicht einmal auch seinen Erben gegenüber verpflichten. Solchen besonderen Fällen werden aber andere Bestimmungen des Gesetzes gerecht. Wenn für den Bürgen wichtige und von der Rechtsordnung zu schützende Umstände vorliegen, gerade allein mit dem Testamentserben, nicht aber mit einem anderen zu kontrahieren, so gewähren ihm die Bestimmungen der § 119 ff. BGB. das Mittel, die Übernahme der Bürgschaft wegen Irrtums anzu-

fechten oder er darf die Aufhebung seiner Verpflichtungserklärung nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung verlangen, da der mit seiner Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg, nämlich die Verpflichtung gegenüber dem Testamentserben, nicht eingetreten ist. (§ 812 Satz 2 BGB.) Ein Schaden kann also dem Bürgen auch hier nicht entstehen, und da anderseits der Anfall der Bürgschaft an den gesetzlichen Erben diesem Nutzen, dem Testamentserben aber keinen Nachteil bringen kann, so verträgt sich die gewonnene Entscheidung auch wieder mit der Billigkeit.

Auf einem anderen Wege aber läßt sie sich ebenso wie die im Falle der Nacherbfolge gefundene nicht erreichen. Hellwig nimmt allerdings entgegen der sonstigen Meinung auch hier an, daß der gesetzliche Erbe der Rechtsnachfolger des Testamentserben sei. Er gibt aber selbst zu, daß daraus keine Folgen gezogen werden dürften, da § 142 BGB. die Rückwirkung der Nichtigkeit bei der Anfechtung anordnet [1]). Es bedarf deshalb auch keiner besonderen Widerlegung dieser Ansicht, die sich übrigens aus dem oben bei dem Verhältnis des Erstberechtigten zum resolutiv bedingt Berechtigten Gesagten ergibt. Ein Argument gegen die Ansicht Hellwigs aus dem Gesetze selbst ist auch die Gegenüberstellung von Rechtsnachfolger und Erbschaftsbesitzer in §§ 943, 944 BGB.

Von der Theorie des gesetztlichen Forderungsübergangs und der notwendigen direkten oder indirekten Stellvertretung gilt das gleiche wie bei dem Vor- und Nacherben. Insbesondere ist für die Anwendung der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag auch hier kein Raum. Denn der Testamentserbe hat jedenfalls dann, wenn er gutgläubig war, also nicht wußte, daß das Testament der Anfechtung unterlag, bei dem Erwerbe der Bürgschaft in der Meinung gehandelt, er besorge sein eigenes Geschäft. Allerdings führt er in Wirklichkeit ein fremdes Geschäft, aber dies genügt

[1]) S. 118 ff. Anders z. B. Planck zu § 142 BGB.

nicht, um die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag anwenden zu können. (§ 687 BGB.) Der Testamentserbe müßte vielmehr höchstens das durch die Geschäftsführung Erlangte nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung an den gesetzlichen Erben herausgeben. Eine darunter fallende Abtretung des Rechtes aus der Bürgschaft an den gesetzlichen Erben aber ist unmöglich, da es in der Person des testamentarischen Erben mit Rücksicht darauf nicht entstehen kann, daß die zu sichernde Hauptforderung von vornherein dem gesetzlichen Erben zusteht. Dieselbe Schwierigkeit hindert auch hier wieder daran, den Testamentserben als mittelbaren Vertreter des gesetzlichen Erben anzusehen. — Ist der Testamentserbe bösgläubig, so ist die Anwendung der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag allerdings durch § 687 Abs. 2 BGB. gestattet, da der Testamentserbe in diesem Fall ein fremdes Geschäft als sein eigenes besorgt, obwohl er weiß, daß er dazu nicht berechtigt ist. Ihr steht aber auch hier das schon bei dem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer geltend gemachte Bedenken entgegen, daß eine Trennung der akzessorischen Bürgschaft von der Hauptforderung rechtlich unmöglich ist, und dann weiter die Bestimmung des § 2029 BGB., die ebenfalls den gutgläubigen wie den bösgläubigen Testamentserben trifft. Sie schreibt nämlich vor, daß die Haftung des Erbschaftsbesitzers sich auch gegenüber den Ansprüchen, die dem Erben in Ansehung der einzelnen Erbschaftsgegenstände zustehen, nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch bestimme. Damit wird aber festgesetzt, daß andere Regeln, soweit sie nicht in diesen Vorschriften enthalten sind, ausgeschlossen sein sollen. Gerade diese Bestimmung macht nicht nur die Heranziehung der Geschäftsführung ohne Auftrag, sondern auch die bei der Nacherbfolge an letzter Stelle besprochene Verwaltungstheorie unmöglich.

§ 15.

Besondere Fälle.

Es bleibt nun wieder noch übrig, die besonderen Fälle, daß der Testamentserbe dem Hauptschuldner Stundung oder

dem Bürgen ein Entgelt für die Bürgschaft gewährt, zu besprechen.

Der erste unterscheidet sich von dem soeben besprochenen Regelfall wieder nur dann, wenn der Stundungsvertrag und der Bürgschaftsvertrag in ihrem Bestande abhängig voneinander sind. Der Stundungsvertrag ist unter der Voraussetzung, daß er den gesetzlichen Erben überhaupt berührt, daß also die Stundung zur Zeit der Anfechtung noch läuft, dem Erben gegenüber nur wirksam, falls er ihn genehmigt, wenn nicht etwa der öffentliche Glaube des Grundbuchs oder die Vorschriften über den Erbschein eine Änderung darin herbeiführen. Die Vorschriften über den Erwerb beweglicher Sachen vom Nichtberechtigten kommen hier natürlich nicht in Betracht. Nur bei dieser Genehmigung ist, wenn Stundungsvertrag und Bürgschaftsvertrag zusammenhängen, auch dieser letztere wirksam und zwar gehört er dann wieder gemäß § 2019 BGB. zur Erbschaft.

Das gleiche ist der Fall, wenn der Testamentserbe die Bürgschaft mit einem aus dem Nachlaß entnommenen Entgelt anschafft. Auch hier bedarf es, abgesehen von den besonderen Fällen, die hier durch die Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten erweitert werden, der Genehmigung des Erben, um die Wirkung des § 2019 herbeizuführen und dem gesetzlichen Erben den Anspruch aus der Bürgschaft mit dinglicher Wirkung zu verschaffen.

Hat dagegen der Testamentserbe die Bürgschaft durch eine aus seinem eigenen Vermögen stammende Vergütung erworben, so kann der gesetzliche Erbe das Sicherungsrecht auf keinen Fall für sich in Anspruch nehmen. Eine Genehmigung des Geschäfts ist ausgeschlossen.

Benutzt der Testamentserbe schließlich teils Mittel seines eigenen Vermögens, teils solche aus dem Nachlaß, so ergeben sich, wenn die Verfügung über die letzteren wirksam ist, ebenfalls wieder die entsprechenden Rechtsfolgen wie bei dem Verhältnis des Vorerben zum Nacherben, je nachdem die Hauptforderung und demgemäß der Bürgschaftsanspruch teilbar oder unteilbar ist. Die Annahme einer Rechtsgemein-

schaft zwischen dem Testamentserben und dem gesetzlichen Erben scheitert hier ohne weiteres daran, daß dem Testamentserben keine Forderung zusteht, die durch die Bürgschaft gesichert werden könnte.

Ist der gesetzliche Erbe nicht befugt, den Bürgschaftsanspruch geltend zu machen, so ergibt sich mit Rücksicht darauf, daß er nicht zur Erbschaft gehört, folgende Rechtslage:

Der Bürge wollte für eine Forderung des Testamentserben Sicherheit gewähren. Diese Forderung ist aber, wie sich nachträglich herausstellt, als solche, nämlich als Forderung des Testamentserben, nie zur Entstehung gelangt. Die Forderung, an die die Parteien dachten, ist vielmehr von dem Erblasser mit dessen Tode sofort auf den gesetzlichen Erben übergegangen. Es fehlte zur Entstehung des Bürgschaftsanspruchs also an der Hauptforderung, und der Bürge war deshalb nie verpflichtet.

§ 16.

Schluß. Der Rechtsgrund der Bestimmungen der §§ 2111 und 2019.

Unsere Betrachtungen mögen mit der Untersuchung geschlossen werden, auf welchem Rechtsgrunde die Bestimmungen der §§ 2111 und 2019 beruhen. Diese Untersuchung hat auf die Fragen, die in dieser Arbeit zu beantworten waren, keinen Einfluß und deshalb konnte sie bis zuletzt aufgeschoben werden.

Wir haben gesehen, daß die §§ 2111 und 2019 den in den Digesten vergeblich gesuchten, allgemeinen Rechtsgedanken enthalten, der den Übergang der erst von dem Vorerben oder Testamentserben für eine Nachlaßforderung erworbenen Bürgschaft auf den Nacherben oder gesetzlichen Erben erklärt. Allerdings ist dieser Rechtsgedanke im BGB. etwas anders formuliert als in dem entwickelten römischen Recht, wie wir es im gemeinen Recht wiederfinden. Dort gehörte alles zur Erbschaft, was in deren Interesse angeschafft wurde, jetzt entscheidet der Zusammenhang der Mittel des

Erwerbes mit dem Nachlaß. Das gemeine Recht betonte also mehr die rein praktische Seite, ob der Erwerb einen Nutzen für die Erbschaft hatte, das BGB. dagegen die innere Zugehörigkeit des Erwerbes zu dem Nachlaß, welche durch die den Erwerb hervorbringenden Mittel hergestellt wird. Daraus erklären sich die verschiedenen Besonderheiten, die sich bei der Entscheidung auf Grund der BGB. in dieser Arbeit ergaben.

Der Rechtsgrund der §§ 2111 und 2019 ist nun wiederholt in einem Forderungsübergang kraft Gesetzes[1]) oder auch in der direkten oder indirekten Stellvertretung[2]) des Vorerben oder Testamentserben für den Nacherben oder gesetzlichen Erben gesucht worden. Diese Theorien sind im Laufe unserer Betrachtungen schon abgelehnt worden, als es sich darum handelte festzustellen, ob abgesehen von den §§ 2111 und 2019 irgendwelche anderen allgemeinen Bestimmungen den Übergang der Bürgschaft in unseren Fällen rechtfertigen könnten. Sie sind aber aus denselben Gründen, die dort aufgeführt sind und hier deshalb nicht wiederholt zu werden brauchen, auch nicht geeignet, die Bestimmungen der §§ 2111 und 2019 zu erklären. Für die Theorie des Forderungsüberganges sei nur noch kurz darauf hingewiesen, daß sich für sie aus dem Wortlaut des Gesetzes, der von der „Zugehörigkeit" des Erwerbes zum Nachlasse spricht, bei beiden Bestimmungen nichts entnehmen läßt, daß das Gesetz ihr sogar widerspricht, wenn es in § 2111 Satz 2 vorschreibt: „Die Zugehörigkeit einer durch Rechtsgeschäft erworbenen Forderung zur Erbschaft hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt; die Vorschriften der §§ 406—408 finden entsprechende Anwendung." Denn wenn wir es hier mit einem gesetzlichen Forderungsübergang zu tun hätten, dann würde sich diese Bestimmung von selbst ergeben und es wäre nicht zu erklären, daß das Gesetz aus-

---

[1]) So Lessing S. 36, Thiele S. 27; dagegen z. B. Bleckwenn S. 62, Feist S. 45; Waller S. 41.

[2]) Leonhard S. 10, Windmüller S. 38, Bleckwenn S. 60.

drücklich die §§ 406—408 für „entsprechend“ anwendbar erklärt, trotzdem dann sämtliche in § 412 BGB angezogenen Bestimmungen, nämlich die §§ 399—404, 406—410 anwendbar wären. Wenn allerdings der Bürge bei dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages mit dem Testamentserben besondere Gründe hat, nur mit diesem zu kontrahieren oder wenn er mit dem Testamentserben vereinbart, das Recht aus der Bürgschaft solle unübertragbar sein, dann würde die Theorie des Forderungsüberganges das Mittel an die Hand geben, bei § 2019 BGB den § 399 BGB. anzuwenden, nach dem eine Forderung nicht abgetreten werden darf, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Aber wir sahen, daß derselbe Erfolg durch andere Bestimmungen des Gesetzes (Anfechtung der Erklärung wegen Irrtums, Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung) erreicht wird, und dieser Umstand kann deshalb nicht veranlassen, die Theorie des Forderungsüberganges auf den Schild zu erheben.

Vielmehr muß folgende Ansicht als die richtige erscheinen: Der in den §§ 2111 und 2019 entwickelte Gedanke entlehnt seine Rechtskraft nicht einem bereits bestehenden Rechtsinstitut oder einem natürlichen Vorgange [1]), sondern der Rechtsordnung selbst, die hier schöpferisch eingegriffen hat, um den Anschauungen des Verkehrs und den Rücksichten der Billigkeit bezüglich eines Vermögens gerechtzuwerden, dem nun einmal eine gewisse Selbständigkeit beizulegen ist [2]). Ähnliche selbständige Rechtsgedanken zeigen sich in der Stellung des Testamentsvollstreckers und Konkursverwalters, ebenso beim Ehemann, der das eingebrachte Gut der Frau verwaltet. Im gemeinen Recht hat die der Entwicklung fähige hereditas

[1]) So Kohler Archiv Bd. 22 S. 1 ff.

[2]) Ebenso Binder III S. 408, 409; Beyer S. 178. Waller S. 69 ff. spricht bei § 2111 von „zwangsläufiger Selbstentwicklung der Erbschaft und bei § 2019 (S. 41 ff.) von „notwendiger Erwerbsorganschaft“ (Vergl. Windscheid III § 65.) Damit ist nichts gesagt.

iacens dazu geführt, die Erbschaft als juristische Person zu betrachten oder in ihr bis zur Annahme durch den Erben die Person des Erblassers fortgesetzt zu sehen. Von diesen heute allerdings aufgegebenen Theorien ist die erste auch hier denkbar. Sie ist aber mit den Vorschriften des BGB. über die juristischen Personen nicht zu vereinen und kann deshalb ebenfalls nicht zur Erklärung des in den §§ 2111 und 2019 enthaltenen Gedankens benutzt werden.